Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 34 - n. 188
Abril a Junho de 2013



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 34 - n. 188 - Abril-Junho de 2013

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 34, n. 188

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

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

Revista trimestral de jurisprudência [*on-line*]. - n. 188 (2013)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2013 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Revisão

Léa Maria Freire Palhano Gonçalves

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

Diretoria

Presidente - Des. Joenildo de Sousa Chaves

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

Corregedora-Geral de Justiça - Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Juiz Designado Vilson Bertelli

SUMÁRIO

Doutrina

NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO SISTEMA EXECUTIVO BRASILEIRO.

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues 007

Jurisprudência Cível 015

Jurisprudência Criminal 316

Noticiário 446

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 477

Jurisprudência Criminal 480

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 483

Jurisprudência Criminal 488

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO SISTEMA EXECUTIVO BRASILEIRO

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues[1]

1. Introdução. 2. Tutela Jurisdicional Constitucional. 3. Do cumprimento da sentença. 3.1. Sistema Sincrético. 3.2. Impugnação ao Cumprimento de Sentença. 4. Da ação de Execução. 4.1. Título Executivo Judicial. 4.2. Embargos à Execução. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A questão que se apresenta no presente trabalho, como contribuição para uma racionalização lógica do sistema executivo brasileiro, é de analisar perante os meios procedimentais disponíveis (cumprimento de sentença e ação de execução) a questão controvertida referente à natureza jurídica[2] dos meios legais de oposição pelos devedores (impugnação ao cumprimento da sentença e embargos à execução) e seus efeitos em relação à coisa julgada.

O sistema executivo não é composto de uma única via processual, pois dependente da natureza do título executivo. O título executivo judicial demanda cumprimento de sentença. O título executivo extrajudicial se realiza por ação de execução. É certo que em ambas as vias processuais o devedor tem direito de resistir à pretensão satisfativa do crédito. Como conseqüência, a binariedade do sistema executivo brasileiro tem reflexo direto na natureza jurídica destas mencionadas vias de resistência do devedor.

2. TUTELA JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL

A tutela jurisdicional é garantia fundamental representada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal[3]. O modelo do Direito Processual Civil é, portanto, constitucional. O poder Estatal de substituir as partes litigantes para resolver o litígio no caso concreto, diante de uma lesão ou ameaça de lesão, é representado ou constituído pelas atividades de definir o direito violado (conhecer, declarar) e de realizar esse direito em favor do seu titular (satisfazer, efetivar). A tutela jurisdicional não se resume a uma simples declaração (definição) do direito no caso concreto. É necessário, ainda, que além da definição do direito, sejam proporcionados meios para satisfação daquilo que foi reconhecido, ou seja, proporcionar a efetividade do comando emanado, em favor do seu titular.

Nesse prisma, a tutela jurisdicional é o somatório da atividade declarativa (de conhecer no caso concreto o direito e dizer quem é seu titular - autor ou réu -) e da atividade satisfativa (promover os efeitos do direito reconhecido em favor do titular anteriormente definido). Somente com a definição e satisfação do direito em favor do titular é que se alcança efetividade na prestação jurisdicional.

1 Juiz de Direito da Vara Civil da Comarca de Rio Brilhante-MS. Especialização em Direito Civil. Mestrando em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal (FDUL).

2 A natureza jurídica pode ser de ação incidental ou de mero ato de defesa.

3 Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Como corolário, o direito de ação, quando analisado sob a perspectiva de direito fundamental constitucional, não pode resumir-se ao direito de buscar a tutela judicial para reconhecimento de sua pretensão (julgamento de mérito simplesmente). O direito de ação é também a obtenção do direito material reconhecido (satisfação da pretensão).

A ação de conhecimento pressupõe uma situação de igualdade entre as partes litigantes[4]. Ao iniciar a ação, não se sabe o resultado.

Invocada, a resposta Estatal se dá por meio de uma sentença. A sentença proferida no processo de conhecimento é um título que enuncia efeito jurídico material, sob três prismas: certificação do direito declaratório propriamente dito, ou seja, reconhece a existência ou inexistência do direito invocado (sentença meramente declaratória); constituição de direitos – criar, modificar ou extinguir direitos (sentença constitutiva) e condenação obrigacional, quer dizer, comando judicial de imposição ao réu, no plano material, de uma prestação obrigacional de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

As sentenças com efeitos meramente declarativos e as constitutivas se realizam independentemente do concurso de qualquer outra atividade jurisdicional. Entretanto, há casos em que o comando estatal definido não dispõe de imediata realização em favor do seu titular, sendo necessário o concurso de outra atividade apta a satisfazer a pretensão almejada (efeito condenatório).

As sentenças com efeito condenatório podem reconhecer em favor do titular o direito uma obrigação da dar, ou seja, receber quantia em dinheiro, de fazer e de não fazer. Nesse caso, a sentença é um título judicial que reconhece o direito e impõe sua realização, ou seja, tem força de execução (obrigar o devedor a cumprir a obrigação), sendo que sua concretização se dá por meio do cumprimento da sentença.

De outro lado, a lei processual pode também definir (princípio da tipicidade), por critério próprio, alguns documentos que tenham, por si só, ou seja, independentemente da manifestação judicial, força executiva. Trata-se de título executivo extrajudicial, cuja realização se dá por meio de uma ação de execução.

3. DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

3.1. SISTEMA SINCRÉTICO

Como consequência do direito de ação fundamentado no prisma constitucional acima analisado, é inegável a unificação do conhecimento (definição do direito) com a execução (satisfação do direito material definido). O sistema executivo fundado em título judicial passou a ser *sincrético.* Quer dizer que em um único processo (meio do exercício do direito de ação) admite-se que as atividades jurisdicionais cognitivas (conhecimento) e executivas (satisfação) se realizem sem solução de continuidade.

Logo, tendo como base uma única ação, desenvolvem-se duas atividades: a primeira é cognitiva (etapa do conhecimento) que se inicia com a petição inicial e encerra-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste momento (trânsito em julgado), todas as discussões deduzidas ou dedutíveis destinadas a reconhecer (definir) o direito estampado na pretensão (pedido) já estão suficientemente superadas pelo trânsito em julgado material desta etapa, espelhada na formação do título executivo judicial;

4 Essa igualdade entre as partes, não obstante, é caracterizada por um flagrante desequilíbrio, portanto, imperfeita, pois, na prática, é o autor que tem a livre disposição de iniciar a ação e a liberdade de definir o seu objeto com o pedido formulado, bem como, estipular a causa de pedir, não sendo obrigado a concentrar todas as causas de pedir em um único feito e, ao final, a sentença vai dar uma solução ao pedido formulado. De outro lado, entretanto, o réu é obrigado a concentrar toda sua matéria de defesa em uma única oportunidade (ônus específico da impugnação) e a sentença proferida não vai definir se tem ou não direito sobre o objeto do pedido formulado.

a segunda atividade é satisfativa (etapa do cumprimento), iniciada por mera petição de requerimento do credor (porque a petição inicial foi apresentada no início da primeira etapa), sendo que termina com a sentença de extinção da etapa da execução.

Relevante mencionar que a causa de pedir da etapa de cumprimento da sentença é absolutamente igual à causa de pedir da etapa de conhecimento, só que em outra fase do procedimento. É, na verdade, a aquisição efetiva da obrigação (prestação) reconhecida pela sentença.

3.2. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Na fase do cumprimento de sentença o devedor se opõe à pretensão satisfativa do direito reconhecido na fase de conhecimento, por meio de impugnação. O que o devedor pretende é a não satisfação ou não realização do direito material reconhecido na primeira etapa.

A *natureza jurídica* desse meio de oposição do devedor é de **mera defesa incidental**[5], especificamente sobre a segunda etapa do procedimento.

É pela impugnação que o devedor apresenta para discussão as matérias de defesa[6] permitidas pelo legislador, para contrapor-se às atividades jurisdicionais executivas, em amplo contraditório a ser dirimido por manifestação do Estado-juiz, que decidirá, admitindo-as ou não. A pretensão é a satisfação, a concretização da tutela jurisdicional executiva em favor do credor (ação). A resistência ou contraposição a essa pretensão é a impugnação ao cumprimento da sentença (defesa). Ação e defesa, em amplo contraditório, inclusive com possibilidade de diligências probatórias, viabilizarão o julgamento pelo magistrado, que legitimará o pedido de satisfação do exequente (concretizando a tutela executiva) ou, contrariamente, acolherá a resistência formulada pelo devedor, obstando a atuação jurisdicional para aquela atividade.

Essa defesa realizada pela impugnação está inserida na segunda etapa de um único contexto, que é ação ajuizada pelo credor, sendo que esta ação definiu o seu direito e facultou (a satisfação é ato de disposição do credor) sua realização. Não existem duas ações - ação de conhecimento e ação de execução – mas apenas uma dividida em duas etapas. O devedor já teve oportunidade de apresentação de defesa ampla na fase de conhecimento, para opor-se ao reconhecimento do direito. Agora, na impugnação ao cumprimento da sentença, resiste à satisfação ou realização do direito reconhecido. A impugnação é defesa própria da segunda etapa, ou seja, da satisfação do direito definitivamente reconhecido. Como meio de defesa que é, vigora o princípio da concentração da defesa e todos os seus efeitos.

A natureza da impugnação **não** é de **ação incidental**. A fundamentação dos doutrinadores[7] adeptos deste entendimento tem como base de apoio a necessidade da decisão da impugnação adquirir a imutabilidade

5 Nesse sentido os seguintes doutrinadores: Dorival Renato Pavan. Comentários às Leis nº 11.187 e 11.232, de 2005. São Paulo: Editora Pilares, 2006, pp. 152-158; Humberto Theodoro Júnior, As novas reformas do CPC. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 146; Alexandre Freitas Câmara. A nova execução de sentença. 4 ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007, p. 132; Ernane Fidélis dos Santos. As reformas de 2005 do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 60; Teori Albino Zavascki. Defesas do executado. In: A nova execução de títulos judiciais, obra coletiva, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 141; Vicente Greco Filho. Direito processual civil brasileiro. 18ª ed. Volume 03. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pg. 85; Alexandre Costa de Araújo. A impugnação do executado: natureza jurídica e a questão da segurança do juízo. In: Âmbito jurídico, Rio Grande, XII, nº 69, outubro de 2009 e Cássio Scarpinella Bueno e Luiz Guilherme Marinoni (obra conjunta com Sérgio Cruz Arenhart).

6 Lista de matérias de defesa constante no artigo 475-L, do Código de Processo Civil: a. Falta ou nulidade da citação; b. Inexigibilidade do título (em complementação ao disposto no §1º, do mesmo artigo – inexigibilidade fundada em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF e quando colidir com aplicação ou interpretação dada à lei pelo mesmo Tribunal); c. Penhora ou avaliação incorreta; d. Ilegitimidade das partes; e. Excesso de execução; f. Causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, desde que supervenientes a sentença da fase conhecimento; g. Incompetência do juízo, suspeição ou impedimento.

7 Entendem a natureza jurídica da impugnação como ação autônoma, os seguintes doutrinadores: Araken de Assis. Cumprimento da Sentença. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2006, pp. 313-314; José dos Santos Roberto Bedaque. Algumas considerações sobre o cumprimento de sentença condenatória. In: Atualidades do Processo Civil, coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, São Paulo: Editora Juruá, 2007, p. 81; Arruda Alvim. A natureza jurídica da impugnação prevista na lei 11.232/2005. In: Aspectos polêmicos da nova execução, volume 03, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp.44 a 46.

da coisa julgada, o que somente se daria se sua natureza jurídica fosse de ação. Entretanto, o ato judicial que resolve a impugnação está apoiado no direito de ação do credor (de satisfazer o direito reconhecido) e no direito de defesa do devedor (opor-se à pretensão satisfativa), garantido pelo contraditório e facultadas diligências probatórias. Há, no caso, elementos suficientes para o reconhecimento judicial de um direito, e o comando emanado pode adquirir, com o trânsito em julgado, a qualidade da imutabilidade.

Há ainda uma terceira corrente doutrinária[8] que atribui à impugnação uma natureza jurídica híbrida: é, ao mesmo tempo, ação e defesa incidental.

A resolução da impugnação pode constituir-se por decisão interlocutória ou sentença, conforme o objeto da matéria posta em julgamento e seus efeitos. Será decisão interlocutória (recurso de agravo) sempre que não acarretar a extinção da etapa da execução, sujeitando-se à coisa julgada formal. Será sentença (recurso apelação) sempre que proporcionar a extinção desta etapa executiva. Se a matéria de extinção for de mérito, receberá a autoridade da coisa julgada material[9].

Apenas como medida de apoio para a consideração da natureza jurídica de meio de defesa da impugnação, na exposição de motivos do anteprojeto que deu origem à Lei 11.232/2005, que alterou o Código de Processo Civil e passou a admitir o processo sincrético, está expresso o seguinte *"não haverá embargos do executado na etapa de cumprimento de sentença, devendo qualquer objeção do réu ser veiculada mediante mero incidente de impugnação"*. Ainda, a lei processual civil é expressa em dizer que o devedor pode, querendo, oferecer impugnação no prazo de 15 (quinze dias)[10]. Ora, se é facultado ao devedor oferecer impugnação é porque sua natureza jurídica é de meio de defesa. Não se faculta uma ação. Por fim, a lei processual diz, ainda, que a "*decisão que resolve a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando imposta extinção da execução, caso em que caberá apelação*[11]*"*. A lei é expressa em dizer que é decisão o ato judicial que resolve a impugnação. Se fosse a impugnação uma ação autônoma, seria resolvida somente por sentença.

Nessa esteira, fundamental asseverar que pela sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, constitui erro grosseiro a interposição do recurso de apelação contra a decisão proferida no incidente de impugnação ao cumprimento de sentença que não ponha fim à etapa do cumprimento de sentença, pois o Código de Processo Civil é expresso em afirmar que o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Destarte, como consequência, por ausência de equivocidade do texto da lei, não se aplica o princípio da fungibilidade recursal, pois não existe nenhuma dúvida quanto à natureza do provimento atacado, já que é a própria lei que define o recurso cabível (artigo 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul está consolidada nesse sentido, senão vejamos:

> "EMENTA – APELAÇÃO CIVIL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DECISÃO EM QUE NÃO IMPORTA EM EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO – RECURSO CABÍVEL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INAPLICABILIDADE DA FUNGIBILIDADE PARA CONHECIMENTO DO APELO – ERRO GROSSEIRO – PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO – RECURSOS NÃO CONHECIDOS.

8 Nesse sentido: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de processo civil comentado. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 642.

9 Art. 475-M, §3º, do Código de Processo Civil: "A decisão que resolve a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação".

10 Artigo 475-J, §1º, do Código de Processo Civil: "Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste o seu representante legal, ou, pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias".

11 Artigo Art. 475-M, §3º, do Código de Processo Civil: "A decisão que resolve a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação".

> 1. A decisão que resolver a impugnação ao cumprimento da sentença é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação, nos termos da norma inserta no artigo 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil, com alteração trazida pela Lei de n. 11.232 de 22-12-2005. Precedentes desta Corte e do STJ.
>
> 2. Verificado o erro grosseiro na interposição do apelo quando cabível o agravo de instrumento, negar conhecimento aos recursos é medida que se impõe" (TJMS – Apelação 0035913-84.2010.8.12.001, Campo Grande, Terceira Câmara Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgamento em 19 de fevereiro de 2013).

4. DA AÇÃO DE EXECUÇÃO

4.1. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

A formação do título executivo extrajudicial independe da intervenção judicial. O título executivo extrajudicial precipita a formação do crédito em favor do seu titular, presumindo-se a existência do direito. Não existe cognição judicial sobre o crédito representado ou certificado pelo título.

O credor invoca o Estado-juiz apenas para satisfazer (realizar) o direito (crédito) representado. A lide é apenas de satisfação. A via processual para sua concretização é a ação de execução.

A natureza jurídica do título executivo extrajudicial é de documento que certifica a titulariedade do direito a uma prestação. Trata-se, portanto, de condição formal extrínseca para satisfação do direito. O título certifica a causa de pedir. Não é pressuposto processual específico porque o título não guarda relação com o processo e sim com a obrigação que está nele representada. A base da ação executiva é o título.

A ação executiva se caracteriza por atos materiais com efeitos equivalentes ao cumprimento voluntário da obrigação. Esses atos materiais representam no plano prático a busca de patrimônio do devedor por meio da penhora, a sua venda e arrecadação, bem como, o pagamento do credor.

4.2. EMBARGOS À EXECUÇÃO

A resistência do devedor em relação à satisfação do direito de crédito (obrigação), que é presumido no título, ocorre por meio dos embargos à execução[12].

Essa resistência ou oposição do devedor tem *natureza jurídica* de **ação autônoma e incidental**. No caso, inexiste prévio conhecimento judicial sobre a formação do título, ou seja, nada foi decidido pelo Estado-juiz sobre a pretensão material (reconhecimento do direito de crédito). Se não existe uma prévia ação para constituição do título executivo, a resistência do devedor não pode se concretizar por uma defesa. A via de oposição do devedor somente poderá ser realizada por meio de uma ação incidental e autônoma. Somente a partir de uma ação é que o devedor poderá arguir aspectos viciados da formação e defeitos do título ou, ainda, a insubsistência do próprio crédito certificado no título.

Por ter os embargos à execução natureza de ação, inicia-se um verdadeiro processo de conhecimento incidental, de rito ordinário, com cognição plena e exauriente, sendo asseguradas todas as garantias do devido processo legal. É apresentada pelo devedor (autor) por meio de petição inicial, tendo como causa de pedir a inexistência ou vício do negócio que deu origem ao crédito (ataca a relação de direito material),

12 Artigos 736 e seguintes do Código de Processo Civil.

ineficácia ou vício da obrigação constante no título (liquidez, certeza e exigibilidade), bem como, qualquer outra matéria de natureza processual apta a atacar os atos materiais da execução (penhora e avaliação dos bens do devedor). O artigo 745, do Código de Processo Civil enumera, de forma exemplificativa, as matérias de defesa aptas à resistência do devedor[13]. O credor (réu) apresenta manifestação (defesa) sobre os termos do pedido inicial. Tem possibilidade de réplica pelo devedor. É possível a ampla instrução probatória. O encerramento dos embargos à execução ocorre por meio de uma sentença[14].

Se o ato judicial dos embargos à execução enfrentar matéria de mérito (favor do devedor ou credor), terá o caráter da imutabilidade da coisa julgada material. Caso a sentença se restrinja a analisar questões processuais, como por exemplo, impenhorabilidade do bem, defeito na avaliação, entre outras, o caráter da imutabilidade é de coisa julgada formal.

5. CONCLUSÕES

Amparado pelo modelo de atividade jurisdicional constitucional, conclui-se que a natureza jurídica da impugnação do cumprimento de sentença é de mero meio de defesa do devedor, exclusivamente em relação à segunda etapa do procedimento, que tem a finalidade de opor resistência à pretensão executiva do credor, mediante garantia do contraditório, porém, com cognição limitada, sendo o ato judicial decorrente uma decisão interlocutória ou sentença, podendo, ou não, fazer coisa julgada material, a depender do objeto da matéria de defesa apresentada (processual ou meritória).

De outro lado, a natureza dos embargos à execução é de verdadeira ação incidental autônoma, pois não dispõe o devedor de prévia possibilidade de exercício do seu direito de defesa em relação ao título executivo extrajudicial. A cognição é plena e exauriente, resultando-se na prolação de uma sentença, que, a depender da matéria, pode ou não fazer coisa julgada material.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *A natureza jurídica da impugnação prevista na lei 11.232/2005. In*: Aspectos polêmicos da nova execução, volume 03, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARAÚJO, Alexandre Costa de. *A impugnação do executado: natureza jurídica e a questão da segurança do juízo. In*: Âmbito jurídico, Rio Grande, XII, nº 69, outubro de 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>.

ASSIS, Arakem de. *Manual de execução***.** 11.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense; 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento de sentença condenatória*. *In:* Atualidades do Processo Civil, coordenação de Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, São Paulo: Juruá, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 4 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

13 O rol exemplificativo do mencionado artigo é o seguinte: a) nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; b) penhora incorreta ou avaliação errônea; c) excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; d) retenção por benfeitorias necessárias ou úteis nos casos de título para entrega de coisa certa; e) qualquer matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

14 Artigo 740, do Código de Processo Civil: "Recebidos os embargos, será o exeqüente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (artigo 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença, no prazo de 10 (dez) dias".

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil. Execução.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum: ordinário e sumário.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. Tomo I.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil.Tutela jurisdicional executiva.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às Leis nº 11.187 e 11.232, de 2005*. São Paulo: Pilares, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de proceso civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesas do executado. In*: A nova execução de títulos judiciais, obra coletiva, São Paulo:Saraiva, 2006.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 00399826.2009.8.12.0001-9 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PAGAMENTO DE SEGURO – SUICÍDIO DE POLICIAL EM ESCALA DE SERVIÇO – COMPROVAÇÃO DE A MORTE TER OCORRIDO NESSE PERÍODO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação interposta por Brandina Aquino Martinez contra sentença de improcedência proferida na ação de indenização por sinistro ajuizada em face de Bradesco Vida e Previdência S/A.

Pede a reforma da sentença sob a alegação de que faz jus à indenização decorrente do suicídio de seu companheiro, pois conforme os documentos juntados aos autos, o de cujus estava de plantão no momento da morte, havendo, portanto, cobertura securitária quanto a essa hipótese.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Brandina Aquino Martinez contra sentença de improcedência proferida na ação de indenização por sinistro ajuizada em face de Bradesco Vida e Previdência S/A.

Pede a reforma da sentença sob a alegação de que faz jus à indenização decorrente do suicídio de seu companheiro, pois conforme os documentos juntados aos autos, o de cujus estava de plantão no momento da morte, havendo, portanto, cobertura securitária quanto a essa hipótese.

O Juiz, ao fundamentar a sentença, consignou, em um trecho, o seguinte:

> *"Entretanto, compulsando atentamente os autos e em especial o documento de fls. 25/26 e 105/106, denota-se que referida Portaria regulamenta a Escala de Expediente das Equipes "A" e "B" da delegacia onde atuava o segurado na Equipe "A" (fl. 23), sendo que prevê em seu item "b" que '**O expediente da Delegacia iniciar-se-á às 08h00m, com intervalo de almoço das 12h00m às 14h00m e encerrar-se-á às 17h30m**' ou seja, com expediente exclusivamente diurno, sem prever qualquer regime de plantão ou de sobreaviso durante a noite. E considerando que no Laudo Necroscópico realizado no IMOL (fls 29/42 e 121/138) consta que o segurado foi encontrado morto no interior de veículo na garagem de sua residência, sendo que a equipe policial compareceu à casa do segurado às 04h25m do dia 04.09.2005 para constatar as circunstâncias do evento/ suicídio (fl. 33) e que constou ainda de referido laudo que a morte possivelmente tenha ocorrido em torno de horas antes da realização dos exames periciais (fl 37), sendo que o corpo teria dado entrada no IMOL às 07:00 horas do dia 04.09.2005 (fls 29), tem-se que a morte do segurado se deu durante a **noite/madrugada**, e não enquanto estava em serviço, este que, ao que tudo indica, teria se findado às 17h30m do dia anterior (03.09) e seria retomado às 08h00m do dia seguinte (04.09), sendo que a própria autora declara na inicial (fl. 03, II) que o 'de cujus' foi encontrado morto no interior do veículo na garagem de sua residência, de modo que, nesse contexto, tem-se que a morte do segurado não se deu em serviço como alega a parte autora em sua inicial. Ademais, gize-se frisar que a autora – em duas oportunidades (fls. 157 e 175) - manifestou o desinteresse na produção de outras provas, estas que eventualmente pudessem vir a comprovar que na noite do suicídio o segurado estivesse em serviço, em regime de plantão ou de sobreaviso, sendo que desta forma arcará com ônus da não produção da prova que lhe competia produzir (art. 333, I do CPC), ainda que ao feito seja aplicável o CDC".*

Analisando o caso, verifica-se que razão assiste ao recorrente.

O art. 40 da Lei Complementar Estadual 114 (Lei Orgânica da Policia Civil) dispõe que:

> *"Art. 40. Os ocupantes de cargos de natureza policial civil sujeitos à carga horária de quarenta horas semanais, cumpridas em expediente normal das repartições públicas estaduais **ou ao regime do trabalho em escalas de serviços**, conforme sua unidade de lotação.*
>
> *§ 1º **As escalas de serviço serão cumpridas em horário noturno, aos sábados, domingos, feriados e em dias sem expediente nas repartições públicas estaduais, com direito ao descanso e observado o limite da carga horária mensal.***
>
> *§ 2º Fica vedado o regime de plantão em período diário superior a doze horas ininterruptas, salvo o atendimento de situação de interesse público relevante, devidamente justificada".*

Nos termos do *caput*, a atividade policial pode ser exercida de duas formas: cumpridas em expediente normal nas repartições públicas, caso em que o expediente será das 08:00 às 17:30 horas, com intervalo de almoço das 12:00 às 14:00 horas; cumpridas em escalas de serviços, realizadas em horários noturno, aos sábados, domingos, feriados e em dias sem expediente, com direito ao descanso.

Conforme se verifica do documento de f. 23/24, o *de cujus* estava incluído na escala de expediente do dia 29/08 ao dia 04/09 de 2005.

Observa-se, portanto, que na madrugada do dia 04/09/2005 (domingo) o companheiro da recorrente estava realmente de plantão, pois escalado para trabalhar naquele período na forma do § 1º do art. 40, sendo que embora tenha cometido suicídio no interior de seu veículo, dentro da garagem de sua residência, referido fato não é apto a retirar o *de cujus* da hipótese de proteção básica - estar em serviço.

Desta forma, a recorrente deve receber a indenização, nos termos do item 3 das condições especiais (f. 19), haja vista seu companheiro estar de serviço na data do cometimento do suicídio, destacando-se, contudo, que como existem outros dependentes, a recorrente apenas fará jus ao recebimento de 50% da quantia total, no valor de R$ 8.500,00.

Posto isso, dá-se provimento em parte ao recurso para condenar Bradesco Vida e Previdência S/A a pagar a quantia de R$ 8.500,00 à recorrente, acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária, calculada pelo IGPM, a partir da negativa de pagamento administrativo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0044176-71.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA – PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL PREVISTO NO ART. 205 DO CC – NEGATIVA DE PAGAMENTO POR AUSÊNCIA DE COBERTURA PARA O EVENTO MORTE NATURAL – MORTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÕES NO PÓS-OPERATÓRIO SEM RELAÇÃO DIRETA COM A DOENÇA – RECONHECIMENTO DE MORTE ACIDENTAL COBERTA PELA APÓLICE – INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO A PREEXISTÊNCIA DA DOENÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – SÚMULA 43 DO STJ – RECURSO NÃO PROVIDO.

O terceiro beneficiário de seguro de vida, o qual não se confunde com a figura do segurado, não se sujeita ao lapso prescricional previsto no artigo 206, §3º, IX, do Código Civil de 2002, mas ao prazo decenal do artigo 205 do mesmo Codex.

Não há como afirmar, sequer em tese, que o óbito ocorrido durante uma cirurgia, ou logo após ela, seja um evento comparado à morte natural, mas sim à morte eminentemente acidental.

A correção monetária, no caso de descumprimento contratual, deve incidir a partir de quando a obrigação deveria ter sido cumprida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação interposta por HSBC Seguros Brasil S/A contra sentença proferida na ação de cobrança de indenização securitária proposta por Sônia Aparecida Irala de Lima.

A sentença consiste na procedência do pedido com a condenação da seguradora a pagar à recorrida o valor de R$ 252.001,44, atualizado pelo IGPM a partir do óbito (09.06.2003), acrescidos de juros de mora à taxa de 12% ao ano, a partir da citação, até o efetivo pagamento, além de custas e honorários de advogado fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Requer o reconhecimento da prescrição da pretensão da recorrida, por já ter transcorrido mais de 3 anos entre a morte de seu marido e a notificação da seguradora para o pagamento do seguro de vida.

Alega, também, que caso superada a alegação de prescrição, que a sentença seja reformada reconhecendo-se a comprovação de que o óbito do segurado decorreu de doença preexistente.

Afirma, ainda, que as complicações originadas de tratamento cirúrgico é um risco que está excluído do contrato, não podendo ser incluído no conceito de acidente pessoal.

Por fim, pede que a correção monetária incida a partir do ajuizamento da ação.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por HSBC Seguros Brasil S/A contra sentença proferida na ação de cobrança de indenização securitária proposta por Sônia Aparecida Irala de Lima.

A sentença consiste na procedência do pedido com a condenação da seguradora a pagar à recorrida o valor de R$ 252.001,44, atualizado pelo IGPM a partir do óbito (09.06.2003), acrescidos de juros de mora à taxa de 12% ao ano, a partir da citação, até o efetivo pagamento, além de custas e honorários de advogado fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Requer o reconhecimento da prescrição da pretensão da recorrida, por já ter transcorrido mais de 3 anos entre a morte de seu marido e a notificação da seguradora para o pagamento do seguro de vida.

Alega, também, que caso superada a alegação de prescrição, que a sentença seja reformada reconhecendo-se a comprovação de que o óbito do segurado decorreu de doença preexistente.

Afirma, ainda, que as complicações originadas de tratamento cirúrgico é um risco que está excluído do contrato, não podendo ser incluído no conceito de acidente pessoal.

Por fim, pede que a correção monetária incida a partir do ajuizamento da ação.

A alegação de que a pretensão da recorrida estaria prescrita deve ser rejeitada.

Isso porque o prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, IX, do Código Civil de 2002 não deve ser aplicado, pois ao caso incide, na verdade, o prazo prescricional decenal, previsto no art. 205 do CC.

O Art. 206, § 3º, inciso IX, dispõe que:

> *"Art. 206. Prescreve:*
>
> *§ 3º Em três anos:*
>
> *IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório".*

Ao contrário do que afirma o recorrente, o inciso regula apenas o seguro de responsabilidade civil obrigatório, e não todo e qualquer seguro.

Para um melhor entendimento, basta que se altere a voz utilizada no artigo, da ativa para a passiva, restando a oração no seguinte sentido: *no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório, prescreve, em três anos, a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado.*

Logo, não se tratando de seguro obrigatório, mas de seguro de vida contratual, aplica-se o prazo decenal previsto no art. 205 do CC.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. AÇÃO MOVIDA PELO BENEFICIÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL.*
>
> *Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o terceiro beneficiário de seguro de vida em grupo, o qual não se confunde com a figura do segurado, não se sujeita ao lapso prescricional ânuo previsto no artigo 178, § 6º, II, do CC/16, mas, ao prazo vintenário, na forma do artigo 177, correspondente às ações pessoais, ou decenal, em consonância com o artigo 205 do CC/2002.*
>
> *Agravo improvido".*
>
> (STJ – AgRg no Resp n. 715.512/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ. 28.11.2008).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ORIENTAÇÃO DA SÚMULA Nº 229/STJ. IRRELEVÂNCIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.*
>
> *1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.*
>
> *2. Esta Corte tem entendimento de que, no caso de terceiro beneficiário de contrato de seguro de vida em grupo, o prazo para propositura da ação indenizatória é dez anos, quando o sinistro ocorra já na vigência do Código Civil de 2002, o que é o caso dos autos.*
>
> *3. Irrelevante a aplicação da Súmula n. 229/STJ à presente discussão.*
>
> *4. A morte da segurada deu-se em 04/02/2003 e a ação foi proposta em 15/01/2007. Não escoado, portanto, o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, aplicável aos contratos de seguro de vida em grupo, segundo jurisprudência deste Tribunal.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido".*
>
> (STJ – AgRg no Ag 1179150/RJ, 3ª Turma, rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, DJ. 13.09.2010).

Neste E. TJMS o entendimento não dissente do acima exposto, conforme se observa:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – BENEFICIÁRIO – REJEITADA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO - REJEITADA – APLICABILIDADE DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO A QUO - DATA EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA TER SIDO EFETUADO - JUROS DE MORA - PRECEDENTES DA CORTE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o terceiro beneficiário de seguro de vida, o qual não se confunde com a figura do segurado, não se sujeita ao*

lapso prescricional previsto no artigo 206, §3º, IX, do Código Civil de 2002, mas ao prazo decenal do artigo 205 do mesmo Codex.

Por se tratar de relação de consumo é possível a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mormente considerando que se fazem presentes a hipossuficiência da apelada e a verossimilhança de suas alegações.

Incide correção monetaria sobre divida por ato ilicito a partir da data do efetivo prejuizo.

Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora contam-se da citação."

(TJMS – Apelação Cível n. 2011.036252-6, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, DJ. 12.03.2012).

Portanto, afasta-se a preliminar de mérito referente à prescrição.

No que se refere à alegação segundo a qual o óbito do segurado decorreu de doença preexistente, mostra-se necessária uma análise mais aprofundada dos autos.

É ponto pacífico que o *de cujus*, Alcides Kurita de Lima, desde 13.08.1996, manteve relação contratual com a instituição financeira recorrente, por meio da realização de seguro de vida, e que foi renovado no dia 13.08.2003 com vigência até 12.02.2004, conforme declaração do próprio banco em sua contestação (f. 74).

Ocorre que o óbito do segurado, como se atesta do documento de f. 18, se deu em 09.06.2003, antes, portanto, da própria renovação do seguro, acontecida compulsoriamente em 13.08.2003.

Sendo assim, caso realmente a causa da morte do segurado fosse preexistente ao contrato, deveria a seguradora comprovar que essa doença existia anteriormente à data da celebração do contrato, ou seja, antes do dia 13.08.1996, o que não fez.

Pelo contrário, a seguradora, na contestação (f. 75) afirma que o início dos sintomas e a hemodiálise aconteceram em 09.10.2002, seis anos após a celebração do seguro.

A sentença também deve ser mantida quanto à cobertura das complicações resultantes de tratamento cirúrgico na rubrica "morte acidental".

O juiz, ao sentenciar, consignou que *"a requerida não comprovou que o falecimento ocorreu por morte natural, tanto que não juntou provas capazes de demonstrar que a alegada doença preexistente resultou na morte do segurado, de modo que prevalece a favor da beneficiária do seguro a hemorragia pós-operatória (f. 18) tratar-se de morte acidental, até porque hemorragia não é decorrência natural de um procedimento cirúrgico"*.

Observando-se a certidão de óbito, extrai-se que a causa da morte foi septicemia, choque hipovolêmico, hemorragia pós-operatória, insuficiência renal crônica e diabetes melitus e conforme a declaração do médico que confeccionou o atestado, Dr. Fernando Chicoski, o fato de o *de cujus* ter diabetes não teve relação direta com o óbito do paciente (f. 44).

Logo, não havendo relação direta entre a doença e a morte do paciente, não há falar em morte natural, mas sim em morte acidental, imprevisível, decorrente de fatores incertos oriundos do pós-operatório.

Sobre essa distinção, colaciona-se abaixo um trecho da ementa proferida no REsp. n. 968307/SP, da Lavra do Min. Luis Felipe Salomão:

> *"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. SUPERAÇÃO DA QUESTÃO ACERCA DA PREMEDITAÇÃO EM VIRTUDE DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELA SEGURADORA ADMINISTRATIVAMENTE. BASE DE CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. MORTE POR ACIDENTE. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL.*
>
> *[...]*
>
> *4. A morte natural é aquela resultante de um estado mórbido herdado ou de uma perturbação congênita, sobrevindo como consequência de processo esperado e previsível. Por sua vez, a expressão morte acidental tem significado antonímico ao de morte natural, encerrando a idéia de eventualidade.*
>
> *[...]"*
>
> (STJ – REsp. n. 968307/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJ. 22.05.2012).

Portanto, não há como afirmar, sequer em tese, que o óbito ocorrido durante uma cirurgia, ou logo após ela, seja um evento comparado à morte natural, mas sim à morte eminentemente acidental.

Por fim quanto ao termo inicial de incidência da correção monetária, aplica-se a súmula 43 do STJ, devendo o recorrente arcar com ela a partir de quando a obrigação deveria ter sido cumprida, ou seja, desde o óbito do segurado.

Posto isso, rejeitada a preliminar de mérito, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0075860-82.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C.C. ANULAÇÃO DE REGISTRO C.C. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - EXAME PERICIAL DE DNA NEGATIVO – EXCLUSÃO DA PATERNIDADE EM RELAÇÃO A FILHA – RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO – ARTIGO 1.604 DO CÓDIGO CIVIL – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADA – SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação interposta por R.O.M.M. contra sentença proferida na ação de negatória de paternidade c.c pedido de declaração de anulação de registro civil c.c. exoneração de alimentos ajuizada em face de P. M. P. M., consistente na improcedência dos pedidos e condenação ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios no valor de R$ 800,00.

O apelante pede a reforma da sentença sob o argumento de que foi negado o direito de ser excluída a declaração de paternidade imposta com fraude e dolo; que a decisão não levou em consideração a prova pericial do exame de DNA e nem a falta de existência de vínculo afetivo entre as partes e fora fixada verba honorária em percentual superior ao valor dado à causa. No final, requer a procedência dos pedidos.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo improvimento do recurso. (f. 185-192).

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por R.O.M.M. contra sentença proferida na ação de negatória de paternidade c.c pedido de declaração de anulação de registro civil c.c. exoneração de alimentos ajuizada

em face de P. M. P. M., consistente na improcedência dos pedidos e condenação ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios no valor de R$ 800,00.

O apelante pede a reforma da sentença sob o argumento de que foi negado o direito de ser excluída a declaração de paternidade imposta com fraude e dolo; que a decisão não levou em consideração a prova pericial do exame de DNA e nem a falta de existência de vínculo afetivo entre as partes e fora fixada verba honorária em percentual superior ao valor dado à causa. No final, requer a procedência dos pedidos.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo improvimento do recurso (f. 185-192).

Inicialmente, o apelante ingressou com a ação em face da apelada e do menor D. G. M. P. M.

Na audiência de conciliação as partes concordaram em realizar o exame pericial de DNA (f. 28), cujo resultado concluiu que o autor é pai de D. G. M. P. M. e excluída a paternidade com relação à apelada (f. 30/38).

Com a conclusão do exame, o autor requereu a desistência da ação com relação ao menor D. G. M. P. M. (f. 76/83), tendo sido homologado o pedido na audiência de instrução e determinado o prosseguimento do feito quanto à filha P. M. P. M. (f. 98).

No caso, inquestionável que o apelante não é o pai biológico da apelada, consoante o laudo pericial de DNA (f. 30/38).

No entanto, tal prova não é suficiente para afastar o vínculo paternal e tampouco basta para anulação do registro de nascimento, pois o reconhecimento voluntário de filho tem natureza de ato jurídico, sendo irrevogável e irretratável, conforme os dispositivos legais dos artigos 1.609 e 1.610 do Código Civil.

Contudo, a invalidação do registro pode ocorrer se reconhecido vício de consentimento do próprio autor do ato, ou por recusa do reconhecido, ou, ainda, por provocação de qualquer pessoa com justo interesse, consoante dicção do art. 1.604 do Código Civil, *in verbis*:

> *"Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro."*

Assim, o reconhecimento espontâneo da paternidade pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, que o pai registral foi induzido a erro ou tenha sido coagido para tal ato.

Porém, tal norma não deve ser interpretada isoladamente quando houver possibilidade de convivência familiar entre o pai registral e o filho.

No caso é imprescindível averiguar duas situações: a ocorrência de vício de consentimento e a convivência entre o apelante e a apelada capaz de gerar a paternidade sócioafetiva.

Verifica-se que não restou demonstrado no depoimento pessoal do apelante a alegação de que foi imposta a paternidade com fraude e dolo, que assim declarou:

> *"[...] Que foi por volta de 1986 ou 1988 que o depoente teve o primeiro namoro com Eleuza, na verdade foi um caso. [...] Que esse reencontro deu por volta do ano de 1991 ou 1992. [...] Que registrou a menina porque a mãe falou que o depoente era o pai, e insistia muito, e o depoente tinha aquele negócio de não ter tido filho com a esposa, queria ser pai. Registrou e criou a menina como filha, dando assistência material para ela. [...] que foi mais ou menos quando a menina tinha 4*

> *ou 5 anos que o depoente a reconheceu como filha, registrando em cartório. [...] Que o que o levou mais a fazer o registro da criança foi o fato de querer ser pai, mesmo sendo médico e sabendo de todos os meios técnicos de se verificar a paternidade."* (f. 122-123).

A apelada declarou em seu depoimento pessoal:

> *"[...] Que o requerente registrou a depoente porque quis, sabia que a depoente não era filha dele e nem tinha como [...]."* (f. 126).

As provas testemunhais arroladas pelo apelante tampouco afirmaram sobre alguma ocorrência de vício de consentimento, conforme se verifica o depoimento de A.C.S. (f. 124):

> *"[...] Não conhece P. M. P. M. Só conhece os dois filhos que ele tem com a esposa atual [...] que ele na época, nunca comentou de ter filha [...]."*

E também de M.H.O. (f. 125):

> *"[...] Que ele nunca contou para a depoente o porque registrou a menina [...]."*

Diante desses fatos, resta afastada a pretensão de desconstituição da paternidade da apelada, pois o apelante não comprovou a ocorrência de erro, falsidade do registro ou qualquer vício de consentimento aptos a anular a declaração do registro acostado à f. 11.

Assim, considerando as provas da voluntariedade e da regularidade do ato de reconhecimento da paternidade da filha pelo apelante, resta averiguar a convivência familiar entre o apelante e a apelada e se desta convivência gerou paternidade sócioafetiva.

Verifica-se que as fotografias acostadas às f. 53/55 possuem caráter comprobatório da relação de convivência entre eles.

Somam-se a tais provas os depoimentos pessoais das partes e a oitiva das testemunhas, cujos trechos principais estão a seguir transcritos:

No depoimento pessoal, o autor afirmou:

> *"[...] Que até o ano passado manteve as despesas da casa de Eleuza com as crianças. Que esse provimento o depoente fazia dando dinheiro e pagando as contas. Esse contato que o depoente tinha como provedor, fazia o depoente se aproximar mais das crianças [...]."* (f. 123).

Nas declarações da apelada, esta asseverou:

> *"[...] Que ele conviveu com a mãe da depoente desde quando a depoente tinha uns 8 anos até quando a depoente tinha 11 anos. [...] Que a depoente considerava o requerente como pai, desde quando ele foi morar junto com sua mãe, pois ele tinha muita consideração por toda sua família, e assumiu a responsabilidade da casa da depoente, sustentando a depoente e o irmão. Que teve o requerente como seu pai, até porque ele assim queria. Ele apresentava a depoente para todos os seus colegas como filha, para os funcionários do consultório e pacientes. [...] Que mesmo depois da separação dele com a mãe da depoente, ele visitava a depoente e seu irmão praticamente todos os dias, almoçavam juntos na casa da mãe, e ele tinha um relacionamento normal com a depoente, seu irmão e com a mãe também, apesar de separados. Ele sempre tratou a depoente como filha, inclusive nunca a deixou trabalhar, a orientou para que estudasse*

> *na área de saúde, pagou os estudos em escola particular e vinha pagando a faculdade da depoente até novembro do ano passado. [...] Sempre o teve como seu pai, até hoje. Até os momentos que marcam, como por exemplo um acidente de moto que a depoente sofreu, ele esteve o tempo todo ao lado da depoente, acompanhando a sua recuperação, e esse acidente aconteceu quando a depoente já tinha 16 anos de idade. Ele fez questão de a depoente acompanha-lo até a Bolívia para conhecer os pais deles e parentes, isso quando a depoente tinha 19 anos de idade. [...] O quer como pai porque ele fez muita diferença na vida da depoente, e não foi só econômica, apesar dele atualmente não querer a depoente como filha.[...].”* (f. 127-128).

Pelo testemunho de S.H.D. constata-se:

> *“[...] Que por volta do período de 1999 a 2001, o requerente morava com Eleuza, e sabe disso porque a depoente frequentava o salão de beleza dela e via o Dr. Raul na casa, que ficava em cima do salão, constantemente. [...]. Que Eleuza ficou grávida de David e depois do nascimento dele, foi aí que o requerente registrou Priscilla. Que o relacionamento entre Raul e Priscilla era como de pai e filha. [...] Que Raul levava e buscava Priscilla na faculdade. [...] Que pelo contato que tinha na casa de Eleuza, o relacionamento entre Raul e Priscilla era normal, como de pai e filha. [...].”* (f. 118).

A testemunha C. de S. também afirmou:

> *“[...] que sempre quando ia na casa de Eleuza, o Dr. Raul chegava por lá. [...] Que o relacionamento dele com Priscilla era normal, como pai e filha, e com Eleuza também, de amizade. [...] Ele ajudava a família. Que ele sempre foi um pai presente. Que ele levava Priscilla e David para lancharem. [...] Que conheceu Eleuza faz uns 7 anos, e frequentava a casa dela, e naquela época achava que ele era casado com ela, pois eles sempre estavam nas festas da creche, mas depois Eleuza falou que eram só amigos, que tinham esse vínculo em razão das crianças que eles tinham [...].”* (f. 120-121).

Neste caso, a paternidade socioafetiva restou demonstrada com o aperfeiçoamento do convívio familiar entre as partes, conforme se inferem das fotografias (f. 53/55) e dos depoimentos prestados em juízo (f. 118-128).

Como bem salientou o Magistrado:

> *“[...] A chamada paternidade socioafetiva tem sua justificativa jurídica na situação da posse do estado de filho, cujos elementos característicos, que são o nome, o tratamento e a reputação, ficaram comprovados nos autos. [...] O importante é provar que o afeto esteve presente durante a convivência, como na hipótese dos autos, em que o autor e a ré Priscilla tiveram um cotidiano de pai e filha.”* (f. 155).

A paternidade socioafetiva entre as partes também foi observada no parecer da Procuradora Geral de Justiça:

> *“[...] Desume-se, pois, do contorno fático do caso que a apelada não só foi registrada pelo apelante como foi, realmente, acolhida como se filha dele fosse, durante anos de convivência, apresentando-a como sua filha para as pessoas, levando-a para a Bolívia em visita familiar, orientando-a nos estudos, de modo que o recorrente se fazia presente em seu cotidiano. Inviável, pois, aceitar a possibilidade de revogação do reconhecimento voluntário sob o argumento de vício do consentimento se o estoque probatório demonstra que o apelante sabia da possibilidade de não ser pai da apelada, e, mesmo tendo conhecimento acerca dos métodos existentes para elucidar*

> *uma dúvida como esta, optou por proceder ao registro. E neste ponto chega-se a um motivo adicional para não se acolher a pretensão do apelante: o vínculo estabelecido caracterizador da paternidade socioafetiva. [...] Conclui-se, portanto, que houve a consolidação da relação socioafetiva entre o apelante e a apelada, sendo que o afeto existente entre eles foi preponderante para a convivência familiar que tiveram durante anos."* (f. 189-190).

Ora, comprovado o convívio familiar entre as partes durante anos, desenvolvidos vínculos afetivos e sociais que fortaleceram a posse de estado de filiação, há de prevalecer a situação que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, pois a família é dada como instrumento do ser humano.

A propósito destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.*
>
> *1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.*
>
> *2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.*
>
> *3. Recurso especial não provido."* Processo: REsp. 1059214 RS 2008/0111832-2 - Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Julgamento: 16/02/2012 - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA- Publicação: DJe 12/03/2012).

Portanto, considerando que as provas produzidas convergiram para a demonstração da espontaneidade do apelante ao registrar a apelada como sua filha e diante da convivência familiar, que aperfeiçou a paternidade socioafetiva entre eles, não há como acolher-se a pretensão do apelante.

Quanto à insurgência do apelante com relação ao arbitramento dos honorários advocatícios, também não prevalece.

No caso o valor da causa é apenas para efeitos fiscais, considerando que a causa não tem valor econômico.

Dessa forma, o magistrado agiu com acerto em arbitrar os honorários advocatícios no valor de R$ 800,00, com base no art. 20, § 4º do CPC.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

***

1ª Seção Cível
Embargos de Declaração n. 0015039-47.2011.8.12.0000/50009 - Mundo Novo
Relator Des. Claudionor Miguel Abbs Duarte

E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NULIDADE POR FALTA DE OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 493 DO CPC – DESNECESSIDADE – OMISSÃO – INOCORRÊNCIA – PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA – RECURSO IMPROVIDO.

A abertura de vista para alegações finais se faz necessária apenas quando houver instrução probatória nos autos da ação rescisória, situação que não se subsume ao caso dos autos.

Ausentes os vícios apontados nos embargos declaratórios, não é possível a pretexto de prequestionar matéria a ser versada em recurso aos Tribunais Superiores, postular que o órgão a quo se manifeste sobre matéria já julgada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Relator. Ausente, por férias, o 4º Vogal.

Campo Grande, 3 de junho de 2013.

Juiz Marcelo Câmara Rasslan - Em Substituição Legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abbs Duarte.

Coopernavi - Cooperativa dos Produtores de Cana de Açucar de Naviraí Ltda. opõe Embargos de Declaração, alegando a existência de nulidade e omissão no acórdão de fls. 1.327/1332, em que a 1ª Seção Cível, por unanimidade, julgou improcedente a ação rescisória ajuizada.

O embargante, em suas razões recursais (fls. 1.334/1.341), alega em síntese, que o acórdão recorrido seria nulo, eis que o procedimento estabelecido no artigo 493, do Código de Processo Civil (abertura de prazo para alegações finais) não teria sido observado.

Acrescenta que houve omissão quanto a alegação de falta de provas para embasar o pedido de indenização por lucros cessantes; sobre o tempo em que os pescadores ficaram impossibilitados de exercer a atividade; sobre a falta de autorização legal para pesca, bem como sobre a inexistência de comprovação do montante que os pescadores deixaram de lucrar.

Requer o acolhimento dos presentes embargos declaratórios, para anular o acórdão impugnado. Caso ultrapassado, sejam sanadas as omissões apontadas e, mediante a atribuição de efeitos infringentes, seja reformado o acórdão, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial.

VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abbs Duarte.

Coopernavi - Cooperativa dos Produtores de Cana de Açucar de Naviraí Ltda opõe Embargos de Declaração, alegando a existência de nulidade e omissão no acórdão de fls. 1.327/1332, em que a 1ª Seção Cível, por unanimidade, julgou improcedente a ação rescisória ajuizada.

O embargante, em suas razões recursais (fls. 1.334/1.341), alega em síntese, que o acórdão recorrido seria nulo, eis que o procedimento estabelecido no artigo 493, do Código de Processo Civil (abertura de prazo para alegações finais) não teria sido observado.

Acrescenta que houve omissão quanto a alegação de falta de provas para embasar o pedido de indenização por lucros cessantes; sobre o tempo em que os pescadores ficaram impossibilitados de exercer a atividade; sobre a falta de autorização legal para pesca, bem como sobre a inexistência de comprovação do montante que os pescadores deixaram de lucrar.

Requer o acolhimento dos presentes embargos declaratórios, para anular o acórdão impugnado. Caso ultrapassado, sejam sanadas as omissões apontadas e, mediante a atribuição de efeitos infringentes, seja reformado o acórdão, para julgar procedente os pedidos formulados na inicial.

De início, cabe observar que o procedimento estabelecido no artigo 493, do Código de Processo Civil, não se aplica ao caso presente, uma vez que não houve instrução probatória.

Segundo posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça[1], *"Na ação rescisória, como nas demais demandas, inexistindo produção de prova no curso da demanda, sendo o processo julgado de forma antecipada, não há necessidade de abrir-se prazo para que as partes apresentem razões finais ou memoriais"*.

Rejeitada a questão prejudicial, no mérito, o recurso não merece prosperar.

A teor do art. 535, II, do CPC, os embargos de declaração só são cabíveis quando houver no acórdão omissão sobre ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Tribunal. Interpretando tal dispositivo, a jurisprudência já assentou, dentre vários outros, o entendimento pacífico de que a finalidade dos declaratórios não é o rejulgamento do caso concreto, cabendo a parte irresignada com a solução de direito interpor os recursos próprios e expressamente previsto em lei (STJ. EDcl no AgRg no Ag 778.187/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª T, julgado em 17/02/2009, DJe 03/03/2009).

Em suma, *"o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão. A motivação contrária ao interesse da parte, ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo decisum, não se traduz em maltrato à norma apontada como violada (art. 535 do CPC) [...]"* (STJ. AgRg no Ag 1140717/SC, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª T., julgado em 15/10/2009, DJe 27/10/2009).

Conforme leitura atenta do acórdão embargado, verifica-se que equivocadas as razões ora trazidas, uma vez que, não houve omissão, mas discordância da parte com a decisão proferida, não cabendo ao magistrado rebater pormenorizadamente todos os argumentos que a parte entende pertinentes para a resolução da controvérsia, pois a negativa de prestação jurisdicional ocorre apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre ponto que seria incontestavelmente necessário ao deslinde do litígio, o que não se verifica na espécie em que a decisão foi devidamente fundamentada.

1 AR 729, 1ª Seção, rel. Min. Ekiana Calmon, j. 22.11.00..

Assim, observa-se que a decisão sobre a matéria necessária ao julgamento do feito foi devidamente valorada, não havendo vício a ser sanado, pois não há que se confundir decisão contrária ao interesse da parte com a falta de pronunciamento do julgador, demonstrando-se que o inconformismo do embargante conduz apenas à pretensão de reanálise dos elementos dos autos.

Em face do exposto, **nego provimento** aos embargos declaratórios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram os embargos, nos termos do voto do Relator. Ausente, por férias, o 4º Vogal.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Juiz Marcelo Câmara Rasslan , Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 03 de junho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0030631-46.2002.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – RECURSO INTERPOSTO POR TERCEIRO PREJUDICADO – HERDEIRO – POSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO DE TERCEIRO – RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIA QUE DEVE SER DISCUTIDA NO JUÍZO DO INVENTÁRIO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O art. 499, do Código de Processo Civil, permite a interposição de recursos por terceiro prejudicado, sendo que, em seu § 1º, determina que o prejuízo e o interesse na ação devem ser comprovados pelo terceiro.

O reconhecimento da condição de herdeiro deve ser discutido no juízo do inventário, não sendo possível o debate em ação de usucapião.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

Juiz Marcelo Câmara Rasslan – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Beatriz Socorro Gomes de Oliveira interpõe recurso de Apelação, inconformada com a sentença (f. 439/447), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, na Ação de Usucapião movida por Alaíde Gomes de Oliveira, Dimalon Gomes de Oliveira e Felisberto Gomes de Oliveira, que julgou procedente o pedido inicial para o fim de reconhecer a prescrição aquisitiva e declarar o domínio dos autores Alaíde Gomes de Oliveira, Dimalon Gomes de Oliveira e Felisberto Gomes de Oliveira.

A apelante, em suas razões recursais (f. 451/458), alega, preliminarmente, que: 1) é herdeira necessária da autora da ação, Maria Anunciação da Costa, tendo em vista ser filha de Nelson Gomes de Oliveira, quarto sucessor da autora, motivo pelo qual também deveria figurar no polo ativo da ação de usucapião; 2) a representação dos apelados Felisberto Costa e Dimalon Gomes de Oliveira está eivada de defeito, uma vez que não anexaram instrumento de mandato; 3) requer seja a apelante declarada herdeira universal de Maria Anunciação da Costa, inscrevendo-se seu nome na matrícula do imóvel usucapiendo, bem como a condenação da apelada Alaíde Gomes de Oliveira em litigância de má-fé. Juntou documentos às f. 460/476.

Os apelados, em contrarrazões (f. 488/494), requer a manutenção da sentença, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Beatriz Socorro Gomes de Oliveira interpõe recurso de Apelação, inconformada com a sentença (f. 439/447), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, na Ação de Usucapião movida por Alaíde Gomes de Oliveira, Dimalon Gomes de Oliveira e Felisberto Gomes de Oliveira, que julgou procedente o pedido inicial para o fim de reconhecer a prescrição aquisitiva e declarar o domínio dos autores Alaíde Gomes de Oliveira, Dimalon Gomes de Oliveira e Felisberto Gomes de Oliveira.

A apelante, em suas razões recursais (f. 451/458), alega, preliminarmente, que: 1) é herdeira necessária da autora da ação, Maria Anunciação da Costa, tendo em vista ser filha de Nelson Gomes de Oliveira, quarto sucessor da autora, motivo pelo qual também deveria figurar no polo ativo da ação de usucapião; 2) a representação dos apelados Felisberto Costa e Dimalon Gomes de Oliveira está eivada de defeito, uma vez que não anexaram instrumento de mandato; 3) requer seja a apelante declarada herdeira universal de Maria Anunciação da Costa, inscrevendo-se seu nome na matrícula do imóvel usucapiendo, bem como a condenação da apelada Alaíde Gomes de Oliveira em litigância de má-fé. Juntou documentos às f. 460/476.

Os apelados, em contrarrazões (f. 488/494), requer a manutenção da sentença, pugnando pelo improvimento do recurso.

Em que pese o argumento da apelante de irregularidade na representação dos apelados Felisberto Costa e Dimalon Gomes de Oliveira, verifica-se que às f. 330/341 consta toda documentação regularizando o polo ativo da ação, estando os apelados devidamente representados pela Defensoria Pública, observando-se, ainda, que Felisberto e Dilamon são interditados, conforme consta do Termo de Curatela Definitiva de f. 339 e Termo de Compromisso de Curador Definitivo de f. 337.

De outro vértice, tenho que a legitimidade da apelante para interpor recurso de apelação, restou devidamente comprovada.

Primeiramente, importante salientar que, no que se refere à peça processual de fl. 460/476, verifica-se que não se trata de nova apelação, como fazem crer os apelados e como entendeu o juízo *a quo*, tendo em vista que se trata de mera petição de juntada de documentos.

É cediço que o art. 499, do Código de Processo Civil, permite a interposição de recursos por terceiro prejudicado, sendo que, em seu § 1º, determina que o prejuízo e o interesse na ação devem ser comprovados pelo terceiro, nos seguintes termos:

> *"Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.*
>
> *§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial."*

Acerca de referido dispositivo, ensina Arruda Alvim[1]:

> *"Terceiro é aquele que jamais ostentou a condição de parte, ou deixou de exibi-la em momento anterior à interposição do recurso, e, igualmente, alguém sobre o qual não se praticou nenhum ato no processo. O ordenamento jurídico pátrio confere ao terceiro os mesmos recursos das partes (art. 499, § 1º). Mas a lei não outorga a qualquer terceiro a possibilidade de recorrer, somente aos que demonstrarem o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação. Por exemplo, poderão interpor recurso, na qualidade de terceiro prejudicado, aquele que poderia ter sido assistente, simples (art. 50) ou litisconsorcial (art. 54) e também o litisconsorte necessário que não tenha integrado a relação jurídica processual. Aquele que poderia ter sido assistente litisconsorcial e o litisconsorte necessário indevidamente excluído da relação processual não são propriamente terceiros, mas cotitulares da lide. Nada obstante, se tiverem de recorrer, o farão na qualidade de terceiros prejudicados.*
>
> *Assim, o STJ já decidiu que a decisão recorrida afetará, direta ou indiretamente, a relação jurídica de que terceiro é titular. Além disso, ao terceiro cumpre evidenciar a existência de interesse jurídico, não bastando simples interesse de fato."*

Tenho que o interesse jurídico da apelante restou devidamente comprovado pelos documentos de fl. 472/476, que demonstram seu grau de parentesco (neta) com a autora original da ação.

Afasto, portanto, as preliminares de ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir arguidas pelos apelados.

Quanto ao mérito, a apelante requer sua inclusão no processo, como herdeira da autora original da ação (Maria da Anunciação Costa), para que seja declarado o domínio da área usucapienda, também em seu favor.

A pretensão não merece prosperar.

É de se ressaltar que a apelação não é a fase processual adequada para a análise de tal pedido, uma vez que há necessidade de ampla produção de prova e, ainda, a oportunidade do contraditório.

Ademais, o que se discute na presente apelação é o direito sucessório da apelante, com relação à Maria da Anunciação Costa (sua avó), matéria inapropriada para se discutir em ação de usucapião, que é ação proposta pelo possuidor que preencha os requisitos necessários para a declaração de domínio do imóvel.

Conclui-se, portanto, que a matéria abordada na presente apelação, qual seja, o reconhecimento da condição de herdeira, deve ser discutida no juízo do inventário de Maria da Anunciação Costa.

Nesse sentido:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INVENTÁRIO – RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO – DESNECESSIDADE DE DISCUSSÃO NAS VIAS ORDINÁRIAS – ALIENAÇÃO DE SEMOVENTES – EXIGÊNCIA DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DOS HERDEIROS, DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA DE COMPRA E DEPÓSITO DO NUMERÁRIO EM CONTA JUDICIAL – INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE ABORDADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS REJEITADOS.*

1 ALVIM. Arruda; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 807.

> *O acolhimento ou rejeição dos fatos e fundamentos de direito invocados pela parte é próprio da atividade jurisdicional, de modo que o inconformismo da sucumbente não torna o decisum omisso, obscuro ou contraditório.*
>
> *Embargos Rejeitados."* (Embargos de Declaração em Agravo n. 2012.008834-8/0001. Quinta Câmara Cível – TJMS. Des. Rel.: Vladimir Abreu da Silva. Data do julgamento: 21/06/2012).

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcelo Câmara Rasslan, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0603883-76.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – EXONERAÇÃO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO – POSSIBILIDADE DE TRAMITE PERANTE A SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO – PLENA CIÊNCIA DO INVESTIGADO ACERCA DOS FATOS – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO EM TODAS AS FASES – RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – SEGURANÇA DENEGADA.

Quando a preliminar se confundir com o mérito, ambos devem ser analisados conjuntamente.

O artigo 256 da Lei n. 1.102/90 autoriza a instauração de processos disciplinares pelos Secretários, Procuradores-Gerais e dirigentes superiores de autarquia e fundação, não significando, contudo, que o Governador, autoridade delegante, esteja impedido de avocar a competência para o exercício de função que originariamente lhe competia e que fora atribuída aos subordinados, sendo desnecessária qualquer ato normativo nesse sentido.

Admitindo que a portaria inaugural se referiu textualmente à apuração dos fatos desencadeados no Processo Administrativo n. 13/000133/2011, que contemplava a sindicância prévia que apurou inicialmente os fatos noticiados no inquérito da Polícia Federal, em razão da prisão em flagrante do agente, não há que se falar em cerceamento de defesa ou violação do contraditório, máxime quando houver advogado constituído, com participação em todas as fases do processo.

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, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Josué de Oliveira e João Maria Lós.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan – em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Marcelo Aparecido de Jesus Mathias, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, em face de ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na decisão que o demitiu do serviço público (fls. 470/476).

Afirma ser funcionário da Agencia Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal - IAGRO, lotado na cidade de Paranhos e que, no mês de fevereiro de 2011, foi instaurado processo administrativo disciplinar, autuado sob o n. 13/000133/2011 perante a Secretaria de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul.

Alega existir inúmeras irregularidades que conduzem à nulidade do processo, tais como a mudança de competência sem fundamentação, a ausência de instauração formal do processo, erro no procedimento de interrogatório, ausência de termo de posse dos membros da comissão e respectivos cargos e cerceamento de defesa, configurando a ilicitude do ato coator.

No mérito, entende que a transgressão supostamente praticada não se subsume a nenhuma das hipóteses de demissão prevista na Lei n. 1.102/90, além de violar o princípio da proporcionalidade.

Acrescenta que não há responsabilidade administrativa disciplinar do servidor quando pratica crimes comuns sem reflexo negativo na sua atividade funcional.

Vislumbrando ofensa a direito líquido e certo, requer o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança, em definitivo, para reintegrar o impetrante no cargo, mediante o pagamento dos vencimentos retroativos ao período de afastamento.

Requer, ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) e juntou os documentos de fls. 45/1143.

A liminar foi indeferida às fls. 486/488.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 1.398/1.443, opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela denegação da segurança.

O impetrante apresentou pedido de reconsideração (1.444/1.446) que se deixa de analisar em razão da perda do objeto com o presente julgamento.

VOTO (EM 30.1.2013)

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

Marcelo Aparecido de Jesus Mathias, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, em face de ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na decisão que o demitiu do serviço público (fls. 470/476).

Afirma ser funcionário da Agencia Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal - IAGRO, lotado na cidade de Paranhos e que, no mês de fevereiro de 2011, foi instaurado processo administrativo disciplinar, autuado sob o n. 13/000133/2011 perante a Secretaria de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul.

Alega existir inúmeras irregularidades que conduzem à nulidade do processo, tais como a mudança de competência sem fundamentação, a ausência de instauração formal do processo, erro no procedimento de interrogatório, ausência de termo de posse dos membros da comissão e respectivos cargos e cerceamento de defesa, configurando a ilicitude do ato coator.

Ademais, entende que a transgressão supostamente praticada não se subsume a nenhuma das hipóteses de demissão prevista na Lei n. 1.102/90, além de violar o princípio da proporcionalidade.

Acrescenta que não há responsabilidade administrativa disciplinar do servidor quando pratica crimes comuns sem reflexo negativo na sua atividade funcional.

Vislumbrando ofensa a direito líquido e certo, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da segurança, em definitivo, para sua reintegração no cargo, mediante o pagamento dos vencimentos retroativos ao período de afastamento.

Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) e juntou os documentos de fls. 45/1143.

A liminar foi indeferida às fls. 486/488.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 1.398/1.443, opina pela rejeição da preliminar de inadequação da via eleita, arguida pela autoridade impetrada e, no mérito, pela denegação da segurança.

O impetrante apresentou pedido de reconsideração (1.444/1.446) que se deixa de analisar em razão da perda do objeto com o presente julgamento.

Por questão de prejudicialidade passo à análise da preliminar.

I – Inadequação da via eleita.

Afirma a autoridade coatora que a via eleita não seria adequada em razão da necessidade de exame dos fatos e provas auferidos durante o trâmite do processo disciplinar, pretendendo valar-se o impetrante, do mandamus, como verdadeiro recurso revisional de mérito do ato que o demitiu do cargo de fiscal agropecuário.

A preliminar em tela, por se confundir com o mérito, com ele será analisada.

II - Mérito.

De acordo com as razões apresentadas pelo impetrante, o processo administrativo disciplinar n. 13/000133/2011, que culminou na sua demissão do cargo de fiscal estadual agropecuário, seria nulo.

Isso porque ele teria sido encaminhado à Secretaria de Estado de Administração sem justificativa alguma, desrespeitando, com isso, os artigos 19 do Decreto Estadual n. 10.342/2001 daquela Secretaria e 256 da Lei 1.102/1990, devido à manifesta incompetência dela (Secretaria de Administração) e do Governador para proferir decisões.

Ocorre que o procedimento em referência foi adotado em razão da complexidade do caso, com ampla repercussão nacional. Foram apreendidos na posse do impetrante 388 (trezentos oitenta e oito) cartuchos, além de 01 fuzil, 01 pistola Glock, 01 pistola Beretta, 01 espingarda calibre 12, 01 rifle calibre 22, 01 espingarda de pressão adaptada para o calibre 22, 02 miras telescópicas, 01 carregador calibre 22 e 01 par de algemas.

Por isso, o feito foi encaminhado para condução e finalização em âmbito superior, pautado na competência do Governador para julgar e aplicar penalidade a servidor faltoso, consoante o artigo 239, I, da Lei Estadual n. 1.102/90.

A Sindicância foi instaurada e processada na IAGRO e, ao final, foi remetida à Secretaria de Estado pela Diretora-Presidente da autarquia (fl. 49). O artigo 256 da lei acima citada autoriza a instauração de processos disciplinares pelos Secretários, Procuradores-Gerais e dirigentes superiores de autarquia e

fundação, não significando, contudo, que o Governador, autoridade delegante, esteja impedido de avocar a competência para o exercício de função que originariamente lhe competia e que fora atribuída aos subordinados, sendo desnecessária qualquer ato normativo nesse sentido.

Esse sistema, decorrente do princípio da hierarquia, objetiva manter estruturado o sistema organizacional do Estado, não podendo ser ventilado qualquer tipo de irregularidade pautado no interesse particular de servidor.

Independente disso, seria incoerente concluir que a autoridade superior possa usurpar a competência de subordinado quando este, de forma expressa a abdicou.

Desse modo, não se vislumbra irregularidade no fato de o processo administrativo disciplinar ter tramitado diretamente na Secretaria de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul.

Cite-se, a propósito, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo[1] nesse sentido:

> *"Os serviços prestados em regime de administração centralizada, qualquer que seja o grau de desconcentração (pois esta sempre existirá) encontram-se retidos sob o comando último do Chefe do Executivo.*
>
> *Com efeito, embora os serviços e as competências para decidir sobre eles estejam distribuídas entre diferentes unidades, estas, graças à relação hierárquica, prendem-se sempre a unidades superiores num afunilamento crescente e contínuo cujo estreitamento final coincide com a Chefia do Executivo.*
>
> *A Administração Central tem a estrutura de uma pirâmide . Seu ápice, sua cúspide, é a Presidência Chefia (na esfera federal) que, do topo, dirige todos os serviços. A compreensão cabal desta mecânica se desvenda na consideração das características da hierarquia e dos poderes do hierarca.*
>
> *São características da hierarquia a normal, contínua e permanente disponibilidade sobre a totalidade das atividades funcionais dos órgãos e agentes subordinados."*

Quanto à violação ao artigo 258, § 2º da Lei 1.102/1990 pela falta de ato formal de instalação do P.A.D., que deixou de mencionar o fato e individualizar o servidor (fl. 50), impende observar que tal providência ocorreu nos atos de notificação do impetrante (fl. 57) e citação (fl. 223), não impedindo, com isso, que ele exercitasse o seu direito à ampla defesa e contraditório, conforme instrumento de procuração juntado na sequência, às fls. 62, contando com a presença de seu advogado em todos os momentos em que foi ouvido.

Nada obstante, a portaria inaugural se referiu textualmente à apuração dos fatos desencadeados no Processo Administrativo n. 13/000133/2011, que contemplava a sindicância prévia que apurou inicialmente os fatos noticiados no inquérito da Polícia Federal, em razão da prisão em flagrante do impetrante.

Verifica-se, assim, que o impetrante teve conhecimento, desde o início, dos fatos que estavam sendo investigados, além das informações colhidas nos autos, lhe sendo oportunizado a ciência do processo administrativo disciplinar, razão pela qual, apesar do advogado do impetrante ter sustentado na tribuna em sentido diverso, não existe similitude fática com o julgamento por mim proferido nos autos do Mandado de Segurança n. 2011.018.901-8.

1 Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 1ª ed., p. 5.

Naquele autos, o ato inaugural não precisou os fatos que dariam ensejo às supostas infrações e nem delimitou o âmbito de atuação dos trabalhos, prejudicando, com isso, ao meu juízo, a defesa do investigado, o que, *in casu*, não se verifica, já que o impetrante teve pleno conhecimento do objeto da investigação desde o seu início.

Além disso, oportuno ressaltar que no processo administrativo o formalismo, sempre que possível, deve ser mitigado, prevalecendo o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual só haverá nulidade se houver prejuízo, que *in casu*, não restou demonstrado pelo impetrante.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça milita nesse sentido:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. ABANDONO DE EMPREGO. ART. 140, I, "A", DA LEI N. 8.112/90. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. CONCESSÃO. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI. DEMONSTRAÇÃO.*
>
> *[...]*
>
> *2.* ***O reconhecimento de eventual nulidade processual exige a comprovação de prejuízo à defesa, o que, no presente caso, após detida análise dos documentos que instruem a impetração, verifica-se não ter ocorrido, atraindo a incidência do princípio*** pas de nullité sans grief. "[2]
>
> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. APURAÇÃO DE INFRAÇÃO FUNCIONAL POR COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA, NOS TERMOS DA LEI N. 4.878/1965. INAPLICABILIDADE DESSA LEI AOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS, SUBMETIDOS QUE ESTÃO AO REGIME DISCIPLINAR DA LEI N. 8.112/1990. SUBSTITUIÇÃO DOS MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS NOVOS INTEGRANTES PREENCHAM OS REQUISITOS LEGAIS. DESIGNAÇÃO DE SERVIDORES LOTADOS EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DAQUELA EM QUE ATUAVA O SERVIDOR INVESTIGADO. MEDIDA QUE NÃO ENCONTRA VEDAÇÃO NA LEI N. 8.112/1990. NULIDADE DO PROCESSO DISCIPLINAR. DECLARAÇÃO CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO À DEFESA DO ACUSADO.*
>
> *[...] 4.* ***A declaração da nulidade do processo disciplinar condiciona-se à demonstração de efetivo prejuízo à defesa do servidor, que, no caso, não ficou evidenciado. 5. Segurança denegada.***[3]

Desse modo, a insurgência do impetrante quanto a suposta irregularidade no ato inaugural não merece prosperar.

Com efeito, inexiste a alegada confusão entre o procedimento previsto na Lei Estadual n. 1.102/90 e o da Lei Federal n. 8.112/90, com a realização de um "segundo" interrogatório sem abertura de prazo para apresentação de provas pela defesa.

Primeiro, porque o STJ admite a aplicação analógica da Lei Federal, segundo, porque não houve um novo interrogatório propriamente dito, mas tão somente esclarecimentos preliminares, por parte do

2 MS 13891/DF, 3ª Seção, rel. Min. Jorge Mussi, j. 28.11.2012.

3 MS 14827/DF, 3ª Seção, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.10.2012.

impetrante, de forma que ele não estava obrigado a responder as perguntas que lhe foram formuladas pela Comissão processante.

Com o ato de citação (acompanhado de cópia integral dos autos), o impetrante passou à condição de indiciado, sendo devidamente cientificado e, apesar da falta de previsão legal, lhe foi permitido arrolar novas testemunhas, juntar documentos, perícias e demais provas admitidas em direito.

A despeito disso, a defesa do impetrante permaneceu inerte, deixando transcorrer *in albis* o prazo concedido. O interrogatório se deu com ampla participação do patrono do impetrante, que acompanhou a oitiva de todas as testemunhas arroladas, além de ter pedido a redesignação da audiência, no que foi atendido pela Comissão.

Devido à discussão iniciada em audiência, o impetrante apresentou exceção de suspeição em face do presidente da Comissão, ficando, em razão disso, suspensa. Não obstante as três tentativas da Comissão em dar continuidade, o impetrante deixou de comparecer na data e horário designados, mesmo tendo sido cientificado com antecedência.

Mais adiante, na quarta tentativa, por meio de novo advogado, compareceu ao interrogatório e apresentou nova exceção de suspeição (fl. 296), dessa vez acompanhada de notícia crime contra os membros da Comissão, suspendendo, por consequência a audiência.

Com a exceção julgada improcedente, e acolhendo o pedido de redesignação do impetrante, a audiência foi realizada (fls. 261-264) na presença dos dois advogados do impetrante, o que afasta, sobremaneira, a possibilidade de configurar cerceamento defesa, máxime porque às fls. 285-286 consta termo de notificação e entrega de documentos ao impetrante e ao respectivo advogado, oportunizando a sua manifestação.

Como se verifica, todos os elementos fáticos e probatórios constantes no processo disciplinar foram disponibilizados ao impetrante, inexistindo, a toda evidência, qualquer prejuízo, no fato de a Comissão ter lhe ouvido para somente ao depois indiciá-lo.

Segundo observado no parecer às fl. 1.427, *"o processo administrativo disciplinar estava amplamente instruído com as provas emprestadas do Inquérito Policial e com o depoimento das testemunhas de defesa, afigurando-se desnecessária e protelatória, portanto, a produção de qualquer outra prova, de forma que não há nulidade alguma na ausência de indicação de provas após o seu interrogatório".*

Continuando, aduz o impetrante que a inexistência de termo de indiciamento e ausência de termo de posse dos servidores Iza Amélia Guimarães Vicente e Wladimir Lins Quadros como membros da Comissão Processante, geraria a nulidade do processo administrativo disciplinar.

No entanto, é importante observar que no próprio mandado citatório consta a informação de que o impetrante teria sido indiciado, suprindo, desse modo, a designação de um termo específico.

A par disso, a falta do termo de posse dos membros da comissão não passa de mera formalidade, logo, alegada nulidade é incompatível com os princípios que norteiam os processos administrativos.

No que pertine a ausência de peça no processo disciplinar, da Sindicância n. 21/201352/2010, que tramitou perante a IAGRO, se pode perceber que os referidos autos estão em apenso, de maneira que o impetrante dele tomou pleno conhecimento, sem prejuízo de que, por não resultar em punição ao servidor, prescinde da observância do contraditório, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de que na sindicância instaurada com caráter meramente investigatório (inquisitorial) ou preparatório de um processo administrativo disciplinar (PAD), é dizer, aquela que visa a apurar a ocorrência de infrações administrativas sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção ao servidor público, é dispensável a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo prescindível a presença obrigatória do investigado."* [4]

Argumenta, ainda, o impetrante, que as provas produzidas no processo disciplinar, consistentes na juntada de documentos sem origem ou identificação, bem como fotografias apócrifas, seriam nulas, aduzindo te-las impugnado sem que a insurgência fosse juntada aos autos.

Contudo, pelo que se depreende, o s documentos fornecidos pela Polícia Federal não se encontram desprovidos de origem ou identificação, já que encartados no bojo do processo disciplinar, ante ao requerimento da Secretária de Estado de Administração ao Juiz da 5ª Vara Federal Criminal, para o compartilhamento das provas produzidas no Inquérito Policial n. 286/2010-4, que integram o processo n. 2009.60.00.005865-0 (fl. 54), movido contra o impetrante, em razão da prisão em flagrante e da apuração dos crimes supostamente cometidos.

A irresignação, portanto, não deve prosperar, especialmente porque fora concedido ao impetrante a oportunidade de se manifestar sobre todo o conjunto probatório encartado aos autos, inexistindo prejuízo no fato de que o magistrado criminal ainda não as apreciara (STF – Questão de Ordem em Inquérito n. 2.424-4).

Por fim, entende haver desrespeito ao princípio da proporcionalidade na aplicação da pena de demissão, eis que a prisão em flagrante devido à posse de armas de fogo de uso restrito, não caracterizaria ato infracional capaz de justificar a penalidade máxima, nos termos da Lei Estadual n. 1.102/90.

Por uma simples leitura do despacho proferido pela autoridade impetrada ao demitir o impetrante, se verifica que a decisão foi devidamente fundamentada, com a clara indicação dos fundamentos jurídicos, respeitado, consoante ressaltado acima, o devido processo legal.

Nos pareceres emitidos pela Comissão Processante e Procuradoria-Geral do Estado, restaram observadas todas as provas que se fizeram suficientes para a constatação da prática ilegal do impetrante, se enquadrando, perfeitamente, no comando inserto nos artigos 219, VII e 235, III e XII, que assim dispõem:

> *"Art. 219. Ao funcionário:*
>
> *[...]*
>
> *VIII – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de terceiro em detrimento da função pública;*
>
> *Art. 235. Será aplicada a pena de demissão, nos casos de:*
>
> *III – Incontinência pública ou escandalosa;*
>
> *[...]*
>
> *X II - Desídia no cumprimento do dever."*

4 AgRg. no REsp. 982984 / DF, 5ª Turma, rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.09.12.

Não se pode olvidar que o impetrante, embora alegue ser injusta a sanção aplicada, em momento algum negou a prática do crime. Pelo contrário, justificou sua conduta ao argumento de que as armas destinavam-se à sua proteção pessoal e de sua família.

Por todos os fatores acima delineados, dúvidas não restam de que o direito líquido e certo alegado na inicial está desamparado de elementos fáticos e jurídicos capazes de permitir o acolhimento da pretensão da nulidade do processo administrativo disciplinar aventada.

Em face do exposto, com o parecer, denego a segurança.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º vogal).

Pedi vista dos autos para melhor avaliar os argumentos e provas constantes desta impetração.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Marcelo Aparecido de Jesus Mathias, qualificado nos autos, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de um Processo Administrativo Disciplinar que foi aberto contra si (PAD 13/000133/2011), o qual culminou com sua demissão.

O eminente relator denega a segurança.

Em razão da alegada desproporcionalidade na pena aplicada é que ouso, com a devida venia, divergir do voto condutor.

É certo que o impetrante não nega a ocorrência do suposto crime de posse e porte ilegal de arma de fogo e munições, alegando que possuía tais armas para a sua proteção e de sua família.

No entanto, tenho que, no caso, tais circunstâncias estão todas sob o crivo do processo criminal competente, não havendo qualquer falta residual a ser apurada em sede de processo administrativo.

É certo, ainda, que *"o Poder Judiciário pode e deve sindicar amplamente, em mandado de segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para verificar (I) a ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor e, (II) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar,não ficando a análise jurisdicional limitada aos seus aspectos formais*[5]*"*.

Tenho que na eventualidade de absolvição no processo criminal, estarão nulas todas as decisões tomadas na sede administrativa aqui noticiadas.

Sobre a influência de uma eventual sentença absolutória na esfera administrativa, colho o julgado do STJ, *verbis*:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. VIA PROCESSUAL ELEITA. ADEQUAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. NULIDADE. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. ATO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALTA RESIDUAL. INEXISTÊNCIA. PENALIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. A impetração não se esgota na discussão de provas colacionadas ao processo disciplinar, pois formula impugnações cognoscíveis no âmbito do remédio heróico, porquanto relativas à observância do contraditório e da ampla defesa, à proporcionalidade*

5 MS n. 14.405/DF, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 26.05.2010, DJE de 02.08.2010..

da sanção aplicada e, sobretudo, aos efeitos de sentença penal absolutória, na esfera administrativa.

2. Rejeitada a preliminar de inadequação da via processual eleita.

[...]

7. No entanto, o juízo criminal absolveu o servidor, por não se ter configurado o delito de que trata o art. 313-A do CP, porquanto "não houve baixa indevida do estabelecimento pertencente ao réu", nem intenção de obter vantagem ilícita ou causar dano aos cofres públicos.

8. Hipótese na qual o impetrante obteve êxito em demonstrar a ocorrência de fato novo, suscetível de justificar a sua inocência, consubstanciado em sentença criminal absolutória, que concluiu pela atipicidade de conduta idêntica à que apurada na via administrativa, o que, diante do fato de não haver falta residual sancionável, viabiliza a desconstituição da penalidade administrativa de demissão, nos termos do disposto no art. 126 da Lei n. 8.112/1990.

9. Ainda que se considerasse típica a conduta, para efeitos de enquadramento em transgressão administrativa, a penalidade de demissão apresenta-se desproporcional, uma vez que, pelo exame da prova dos autos, tem-se que, de um lado, o servidor jamais foi punido anteriormente, de outro lado, o ato praticado não importou lesão aos cofres públicos. Precedentes.

10. Segurança concedida para anular a Portaria nº 418, de 5/8/2009, publicada no DOU de 7/8/2009, e determinar a reintegração do impetrante no cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com efeitos funcionais e financeiros a contar da data da publicação do ato impugnado.[6]*"*

Aliás, com relação a falta residual, colhe-se a definição vinda em julgado do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"FUNCIONÁRIO. DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO NO CARGO EM VIRTUDE DE ABSOLVIÇÃO NA AÇÃO PENAL. FALTA RESIDUAL. CONCEITO. ***A FALTA RESIDUAL QUE IMPEDE A REINTEGRAÇÃO DO FUNCIONÁRIO ABSOLVIDO DO CRIME QUE DEU CAUSA A SUA DEMISSAO, É A QUE AO JUIZ CRIMINAL NÃO CABIA APURAR. SÓ NUM PROCESSO POR CRIME FUNCIONAL PODE HAVER RESIDUO ADMINISTRATIVO. SE O CRIME É COMUM, ESTRANHO A FUNÇÃO, E O ACUSADO VEM A SER ABSOLVIDO, DESCONSTITUI-SE O ATO DEMISSORIO.*** *PRECEDENTES DO STF. RECURSO NÃO CONHECIDO.*[7]*"*

Os fatos que deram origem ao PAD, ressalto mais uma vez, estão todos sob a consideração do Juízo Criminal e não possuem qualquer vinculação com a função do impetrante.

Feito esses esclarecimentos, com a devida venia, divirjo do ilustre relator, e, pelo fato de não existir falta residual a ser apurada, concedo parcialmente a segurança para o fim de anular o ato de demissão do impetrante.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (4º vogal).

De acordo com o relator.

6 MS 14703/DF. MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0198184-9 Relator(a): Ministro OG FERNANDES (1139). Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 28/03/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 03/05/2012.

7 RE 102.643-0. Rel. Min. Carlos Madeira. DJ 06.06.1986.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (7ª vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (10º vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (11º vogal).

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. OSWALDO, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES JOENILDO, TÂNIA, RUBENS E LUIZ TADEU DENEGAREM A SEGURANÇA E O DESEMBARGADOR BRANDES CONCEDER PARCIALMENTE. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (EM 27.2.2013).

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (2º vogal).

Pedi vista do autos para examinar com mais vagar as alegações de nulidade do procedimento administrativo disciplinar mencionado na causa de pedir deste *mandamus*, impetrado por MARCELO APARECIDO DE JESUS MATHIAS, com qualificação nos autos, isto em virtude da divergência instaurada no voto oral proferido pelo Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Por primeiro, também estou de acordo de que a alegada inadequação da via eleita diz com o mérito mesmo da impetração, sobre existir ou não o direito líquido e certo invocado pelo impetrante, de modo que também afasto a preliminar arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Quanto ao mérito, bem sopesados os fatos e os fundamentos jurídicos da pretensão mandamental, como também a prova pré-constituída, concluí que a razão jurídica, *data venia* da divergência, está com o eminente relator, Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Como bem anotado tanto no voto que proferiu, como no parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, cujos fundamentos também adoto como razões de decidir, não há qualquer vício no procedimento administrativo que ensejou a demissão do impetrante, posto ter sido observado o devido processo legal, inclusive no que concerne à competência para a instauração e conclusão do PAD respectivo.

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente relator.

O Sr. Divoncir Schereiner Maran (6º vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (8º vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (9º vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA, NO MÉRITO, POR MAIORIA, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS DESEMBARGADORES JOSUÉ DE OLIVEIRA E JOÃO MARIA LÓS.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavane, Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0002102-75.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – INVALIDEZ INEXISTENTE – CIRURGIA OMITIDA PELO SEGURADO PARA TRATAMENTO DE DOENÇA PREEXISTENTE – IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DO PRÊMIO – QUEBRA DA BOA-FÉ – RECURSO IMPROVIDO.

No momento da contratação, objetivando o equilíbrio contratual, exige-se que o segurado informe a existência de doença que já lhe acomete, para que o valor pago seja compatível com o exigido, ou seja, na tratativa do seguro, é importante que haja boa-fé dos contratantes.

Percebe-se que o autor omitiu no preenchimento do formulário duas cirurgias ocorridas em 1999 e 2001 de transplante de córnea. Ainda, a prova pericial foi conclusiva no sentido de que a piora na visão a partir de 2005 é tratável, ou seja, não lhe ocasionou invalidez permanente. Assim, tendo sido o contrato celebrado em 2004 (f. 17) e a seguradora informada acerca das cirurgias realizadas em 1999 e 2001 apenas em 2005, revela-se que o fato causador da suposta invalidez (repita-se, não ocorrida) é estranho ao contrato porque ocorrido muito antes da tratativa.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Antônio Wilgivany de Menezes apela da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial da Ação que Cobrança de Previdência proposta em desfavor de Mongeral S.A. Seguros e Previdência.

Sustenta que a seguradora não se importou em ao menos entrevistar o segurado ou expor-lhe as condições do seguro, a fim de constatar a existência de eventual incapacidade/doença preexistente.

Esclarece, ainda, que não se negou a prestar nenhuma informação e acrescenta que sua incapacidade decorrente de deficiência visual o exclui do mercado de trabalho, fazendo jus ao benefício por invalidez.

Por fim, requer a condenação da seguradora ao pagamento da totalidade do prêmio.

Contrarrazões às fls. 305/321.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

Consta dos autos que o apelante firmou contrato de seguro com a apelada com vigência a partir de agosto de 2004 (f. 17).

O douto condutor do processo julgou improcedente o pedido e, para tanto, consignou:

> *"[...] o autor somente poderia perceber o benefício de renda por invalidez se se enquadrasse nos parâmetros ditados pela norma do regulamento, o que de fato não ocorreu, vez que a doença da qual sofre não teve o condão de deixá-lo total e permanentemente inválido, eis que, segunda a perita do Juízo, existe tratamento adequado para a reabilitação visual. [...]"* (excerto final da decisão às fls. 291).

Irresignado, o apelante confirma os pedidos iniciais pretendendo que a seguradora seja condenada ao pagamento do prêmio por invalidez permanente conforme contratado.

Sem razão, no entanto.

Explico. É que no momento da contratação, objetivando o equilíbrio contratual, exige-se que o segurado informe a existência de doença que já lhe acomete, para que o valor pago seja compatível com o exigido, ou seja, na tratativa do seguro, é importante que haja boa-fé dos contratantes.

O artigo 422 do Código Civil prevê:

> *"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".*

Sobre a boa-fé, objetiva Nélson Rosenvald no Código Civil comentado, coordenado pelo Ministro Cézar Peluso:

> *"O fundamento do instituto reside na equidade. O sistema jurídico pretende que haja uma execução simultânea das obrigações. A boa-fé objetiva e a segurança jurídica do comércio jurídico demandam o respeito pelas obrigações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Trata-se de uma verdadeira situação jurídica de interdependência, que assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa)"* (*in* Código Civil Comentado 3ª Edição Manole, página 511).

Percebe-se que o autor omitiu no preenchimento do formulário duas cirurgias ocorridas em 1999 e 2001 de transplante de córnea. Ainda, a prova pericial foi conclusiva no sentido de que a piora na visão a partir de 2005 é tratável, ou seja, não lhe ocasionou invalidez permanente, senão vejamos:

> *"Em resposta ao quesito "11", que indagou "se o autor possui deficiência visual e desde quando realiza tratamento para corrigir tais deficiências?", a médica perita afirmou que "o paciente possui ceratocone bilateral e foi submetido ao tratamento cirúrgico (transplante de córnea olho direito 04/04/1999; transplante de córnea olho esquerdo 11/02/2001)".*
>
> *Em resposta ao quesito "12" - "qual o motivo dos transplantes de córnea realizados pelo autor nos anos de 1999 e 2001", foi obtida a seguinte resposta: "Ceracotone Bilateral".*

- Quesito 13 – "se os transplantes de córneas a que foi submetido o autor, em 1999 e 2001, eram parte de seu tratamento de ceracotone" - resposta: "Sim".

- Quesito 14 - "quais os problemas de visão que o autor portava antes de realizar os transplantes de córnea acima mencionados e se o ceratocone era um deles?" – resposta: Sim, o paciente possuía ceratocone bilateral". (fls. 272/273)

"Quesito 1: "O periciado possui quais patologias? São decorrentes do transplante de córnea?" – resposta: "Sim. Possui Ceratocone Bilateral e foi submetido à Ceratoplastia Penetrante (transplante de córnea) [...]".

- Quesito 2: "Teve perda de capacidade visual?" – resposta: "Não, pois é possível a reabilitação visual de ambos os olhos, por meio de uma nova cirurgia de Transplante de córnea em OD e adaptação de lente de contato em OE" (f. 268)

"O paciente foi orientado a procurar o Hospital São Julião, sob os cuidados do Dr. Reinaldo Ferreira para a realização de um novo transplante de córnea em olho direito. Em olho esquerdo foi possível a reabilitação visual com adaptação de lente de contato rígida gás permeável, atingindo acuidade visual de 20/40 (para longe) e J2 (para perto) (sic)" (f. 283).

Assim, tendo sido o contrato celebrado em 2004 (f. 17) e a seguradora informada acerca das cirurgias realizadas em 1999 e 2001 apenas em 2005, revela-se que o fato causador da suposta invalidez (repita-se, não ocorrida) é estranho ao contrato porque ocorrido muito antes da tratativa.

A questão é pacificada do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"No caso, conquanto o segurado, no momento da contratação, não tivesse a confirmação do diagnóstico de neoplasia, estava submetendo-se a uma bateria de exames para averiguar os motivos de sua dor e de seu rápido emagrecimento. Aliás, a tomografia computadorizada realizada no dia 22.04.2003 foi taxativa ao dizer que a hipótese de neoplasia não poderia ser desconsiderada.

*Referido laudo, segundo item n. 5, da perícia acostada às f. 285/298, "do ponto de vista médio, é bastante claro, estabelecendo a existência de patologia maligna do fígado". **Tais informações, por certo, não poderiam ter sido por ele omitidas quando do preenchimento da declaração pessoal de saúde, pois poderia ensejar a recusa da seguradora para celebração do contrato, ou até mesmo, alterar substancialmente os seus termos. Se as omitiu, evidente que agiu de má-fé.** (fls. 164).*

Nessa quadra, impertinente a tese de dissídio jurisprudencial porquanto, para a comprovação da similitude dos casos confrontados, é necessário o reexame de prova. Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Intimem-se. Brasília (DF), 16 de novembro de 2011. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator." (AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 1.407.561 - PR (2011/0072959-2).

Ainda:

"[...] Assim posta a questão, anoto que este Tribunal, de fato, pacificou a orientação de que a alegação da seguradora de doença pré-existente, com a finalidade de se opor ao pagamento da indenização prevista na apólice, pressupõe a exigência de realização de prévio exame médico. Nesse sentido, confira-se: AgRg no ARESP 7.041/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 18.8.2001; AgRg no AG 1.062.383/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 2.10.2008.

Esse entendimento, todavia, não se aplica nas hipóteses em que ficar comprovado que o ***contrato*** *de seguro foi celebrado de má-fé pelo segurado que, ciente da fragilidade de sua saúde, omite informações sobre a doença grave de que é portador, com o nítido de propósito de obter vantagem ilícita em detrimento da seguradora com a qual celebrou o contrato, conforme posicionamento consolidado por ambas as turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal:*

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÃO. PROPÓSITO DELIBERADO DE FRAUDAR CONTRATO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. É indevido o pagamento de indenização decorrente de contrato de seguro de vida se constatado que a parte segurada, ao firmar o ajuste, agiu com o propósito deliberado de fraudar o contrato, sonegando informações relevantes acerca de seu estado de saúde. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RESP 1.003.302/SP, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 17.5.2010)."

(RESp. 765471, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTI, 07.11.2011).

Este Sodalício, seguindo posicionamento da Corte Superior, manifestou-se:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE – CONTRATANTE QUE OMITE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE E REALIZAÇÃO DE INTERCORRÊNCIA MÉDICA ANTERIOR (CATETERISMO) – FALTA DE INFORMAÇÃO NA DECLARAÇÃO DE SAÚDE QUE INFLUENCIA NA FORMAÇÃO DO CONTRATO – MÁ-FÉ CARACTERIZADA – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 422 E 766 DO CÓDIGO CIVIL – INEXISTÊNCIA DO DEVER DA SEGURADORA DE CUSTEAR O TRATAMENTO DO AUTOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O contrato de seguro é baseado na boa-fé e na lealdade de conduta dos contratantes.

A alegação da seguradora de doença pré-existente, com a finalidade de se opor ao pagamento da indenização prevista na apólice, pressupõe a exigência de realização de prévio exame médico.

Todavia, não menos certo é que incumbe ao segurado, como imperativo da boa-fé, informar ao segurador todos os fatos e circunstâncias que possam influir na possibilidade da contratação e, se aceita, na justa fixação do prêmio pela garantia contratada de forma que, no seguro de vida ou no seguro-saúde, têm de ser precisas as informações sobre doenças preexistentes ou intercorrências sofridas, a serem prestadas pelo pretendente à contratação do seguro.

Assim, no questionário entregue ao segurado, que faz sua declaração de saúde, nas respectivas respostas deve ele guardar a mais estrita veracidade e transparência, informando tudo quanto possa interessar à mais escorreita análise da probabilidade de cobertura de riscos a serem contratados, possibilitando à seguradora admitir ou não o contratante ou, se for o caso, elevar o valor do prêmio, de acordo com o grau do risco.

Se o segurado, sabedor da doença preexistente e, outrossim, de já ter sofrido intercorrência médica anterior (cateterismo), omite tal fato, age com má-fé, descumprindo os preceitos dos artigos 422 e 766 do Código Civil, razões pelas quais a seguradora está desonerada da obrigação de promover a cobertura solicitada. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido". (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.033186-8/0000-00 - Amambai. Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan).

A singeleza da questão impede uma maior incursão no processado, de maneira que, sem mais delongas, 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. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0207318-67.2005.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – RECONHECIMENTO DO OFÍCIO PELO MAGISTRADO – POSSIBILIDADE – ARTIGO 219, § 5º DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em nulidade por falta de intimação pessoal do Procurador do Município de Campo Grande, pois o processo não foi extinto por abandono da causa, que exige intimação do exequente, mas em decorrência da prescrição do crédito tributário (decurso do prazo de 05 anos constados do marco temporal da interrupção (despacho de citação) instituto que incontestavelmente pode ser reconhecido de ofício pelo julgador, tal como autoriza-lhe a lei.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Município de Campo Grande agrava regimentalmente contra decisão que negou seguimento ao recurso de apelação interposto nos autos da Ação de Execução Fiscal proposta em desfavor de Celso José Rodrigues.

Defende a necessidade de ter sido intimado pessoalmente acerca da certidão dando conta da ausência de cópia da petição inicial para cumprimento do mandado de citação, rechaçando a possibilidade de ter o magistrado reconhecido a prescrição intercorrente.

Prequestiona eventual negativa de vigência ao artigo 616, do Código de Processo Civil e artigo 25, da Lei n. 6.830/80 (Execução Fiscal), visando alçar recurso em instância superior.

Termina pedindo a reconsideração da decisão ou sua reforma pelo órgão colegiado competente.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

Insurge-se o agravante contra a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Pela ausência de elementos que possam ensejar a modificação da decisão vergastada, submeto-a à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo-a nos termos proferidos:

> *"[...] Compulsando os autos, verifica-se que o magistrado a quo decretou a prescrição com amparo na redação do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, que o autoriza a decretar de ofício a prescrição.*
>
> ***In casu**, ao constatar que o apelante não havia aparelhado a execução com a contra-fé da inicial para a efetivação da ordem de citação, o Juiz entendeu que, a partir do despacho que ordenou a citação do apelado, a paralisação da execução por mais de 5 (cinco) acarreta a prescrição intercorrente que culmina na extinção do feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil e 156, V, do Código Tributário Nacional.*
>
> *O Superior Tribunal de Justiça, fazendo distinção entre a prescrição intercorrente e os demais casos de prescrição, admite que se decrete de ofício a prescrição não-intercorrente, com fundamento no artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, senão vejamos:*
>
> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IPTU. NOTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ENTREGA DO CARNÊ. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. VIABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento segundo o qual a entrega do carnê do IPTU no endereço do contribuinte é meio juridicamente eficiente para notificar a constituição do correspondente crédito tributário. 2. Transcorridos mais de cinco anos entre a constituição do crédito tributário e a propositura da execução fiscal, configura-se a prescrição da pretensão à cobrança do tributo. 3. O § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 disciplina hipótese específica de declaração de ofício de prescrição: é a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. **Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.** 4. Não se conhece de recurso especial pela alínea a quando o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, a orientação posta na Súmula 284/STF. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.*[1]
>
> *No mesmo sentido:*
>
> ***EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE**. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. NULIDADE. VÍCIO SANÁVEL PELA EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS. 1. **A partir da vigência da Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que deu nova redação ao artigo 219, § 5º, do CPC, o juiz pode decretar de ofício a prescrição.** A referida norma tem aplicação imediata, incidindo nos processos em curso. Art. 6º da LICC. 2. O artigo 219, § 5º, do CPC constitui-se em norma de direito processual que se aplica às execuções fiscais, nos termos do artigo 1º da Lei n. 6.830/80. 3. A ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da data da sua constituição definitiva. Hipótese em que a prescrição se consumou antes do ajuizamento da execução. Negado seguimento ao recurso por ato do Relator. Art. 557 do Código de*

1 REsp. 983.293/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.10.2007, DJ 29.10.2007 p..201.

Processo Civil. 4. Não é de ser decretada a nulidade da certidão de dívida ativa se o vício apresentado pode ser suprido por outros documentos que instruem a petição inicial sem acarretar prejuízo à defesa do devedor. Precedentes do STJ. Hipótese em que o Município juntou aos autos demonstrativo dos valores cobrados a titulo de IPTU e de Taxa de Lixo. Recurso provido em parte por ato do Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil. (TJRS - Apelação Cível n. 70024806895, RELATORA: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, J. 16/06/2008).

Diante disso, não há falar em nulidade por falta de intimação pessoal do Procurador do Município de Campo Grande, pois, no caso dos autos, o processo não foi extinto por abandono da causa, que exige intimação do exequente, mas em decorrência da prescrição intercorrente (decurso do prazo de 05 anos constados do marco temporal da interrupção (despacho de citação) instituto que incontestavelmente pode ser reconhecido de ofício pelo julgador, tal como autoriza-lhe a lei.

Totalmente descabido o argumento, razão pela qual tornam-se desnecessárias maiores incursões a respeito da possibilidade de o juiz decretar, de ofício, a prescrição intercorrente, nos termos do artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

Ressalto, por oportuno, que como já asseverou o Superior Tribunal de Justiça,"repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida . Assim, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes." (REsp. n. 855.525/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 21.11.06) [...]."

Isso posto, **nego provimento ao recurso**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0012760-19.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIMENTOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MAIORIDADE DA ALIMENTADA – NECESSIDADE DOS ALIMENTOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – ÔNUS DA PROVA – DANOS MORAIS – ABANDONO AFETIVO – DANO NÃO CONFIGURADO – CARÁTER SUBJETIVO DA LIBERDADE AFETIVA PATERNA – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado.

A necessidade do alimentado, na ação de alimentos, é fato impeditivo do direito do autor, cabendo àquele a comprovação de que permanece tendo necessidade de receber alimentos.

Considerando que a alimentada possui plena capacidade laboral e não comprova estar estudando, não se caracteriza como necessitada ao recebimento de alimentos.

O dever de indenizar depende de presença de três requisitos: o dano, a conduta antijurídica do agente e o nexo causal entre os dois primeiros.

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 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, A Câmara, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

T. F. B.O. apela da sentença que julgou improcedente os pedidos iniciais formulados nos autos da Ação de Alimentos c/c Indenização por Danos Morais ajuizada em desfavor de R.O.

Argumenta que a conclusão firmada na sentença, de que a apelante já atingiu a maioridade civil e por isso não mais persiste a obrigação legal do seu genitor de prestar-lhe alimentos, não condiz com a realidade, porque ela ainda necessita da assistência material, já que está desempregada e não possui condições financeiras para custear seu próprio sustento e de suas duas filhas.

Alega, em seguida, que a indenização pelo dano moral afetivo é a única medida capaz de compensar a ausência de carinho e afeto de seu pai durante toda sua vida.

Salienta, ainda, que o abandono afetivo lhe causou sofrimento, tristeza e humilhação, de forma que merece ser devidamente indenizada.

Concluiu pugnando pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e, consequentemente, condenar o apelado a pagar-lhe pensão alimentícia em valor não inferior a 30% de seus proventos, bem como indenização por abandono afetivo no valor de 200 salários mínimos.

Resposta da curadoria especial às fls. 141-145 pela manutenção *in totum* da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

T. F. B.O. ajuizou Ação de Alimentos c/c Indenização por Danos Morais em face de R.O., seu genitor, aduzindo que desde o seu nascimento o requerido nunca lhe ajudou financeiramente, além de abandoná-la afetivamente.

Alegou que foi sustentada apenas por sua genitora, encontrando-se atualmente desempregada e com duas filhas para sustentar, pelo que necessita dos alimentos do requerido.

O magistrado de primeiro grau, entendendo não comprovada a necessidade da alimentanda, em razão da possibilidade de sustento próprio face a sua maioridade e capacidade laborativa, rejeitou sua pretensão, contra o que se volta este recurso de apelação, que não merece ser acolhido.

Explico.

O Código Civil, em seus artigos 1.694 e 1.695, estabelece:

> *"**Art. 1.694**. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*
>
> *§ 1.° Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."*.
>
> *"**Art. 1.695**. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu próprio trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento"*.

Alimentos são prestações que visam atender às necessidades vitais, atuais e futuras, de quem não pode provê-las por si, cuja obrigação de prestar-lhes somente se verifica quando demonstradas aquelas e a capacidade financeira do alimentante.

Sobre o tema, com a propriedade que lhe é peculiar, a insigne Maria Berenice Dias leciona:

> *"A natureza jurídica dos alimentos está ligada à **origem da obrigação**. O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do **poder familiar**. A Constituição Federal reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar os filhos menores (CF 229). [...]*
>
> *Para o direito, alimento não significa somente o que assegura a vida. A obrigação alimentar tem um fim precípuo: atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover a própria subsistência. O Código Civil não define o que sejam alimentos. Preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade (CF 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Talvez o seu conteúdo possa ser buscado no que entende a lei por **legado de alimentos** (CC 1.920): sustento, cura, vestuário e casa, além de educação, se o legatário for menor"* (***apud*** Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 459) (grifo original).

No caso *sub examine*, a apelante, que já atingiu a maioridade civil, contando com 25 (vinte e cinco) anos de idade, alegou que está desempregada e possui duas filhas para sustentar, necessitando, então, da assistência material do seu genitor, ora requerido.

Compulsando detidamente os autos, dessume-se inexistir qualquer elemento de onde se possa extrair a necessidade no percebimento da pensão alimentícia, mormente porque ela não comprovou a impossibilidade de exercer atividade laborativa remunerada, bem como de estar estudando, cursando ensino superior, médio ou fundamental.

Assim, tendo em vista que depois que o alimentando completa 18 anos de idade, a imperiosidade em receber os alimentos não mais é presumível, devendo haver prova da impossibilidade de custeio do sustento próprio – porque a obrigação de prestá-los deixa de fundar-se no poder familiar e passa a ter alicerce nas relações de parentesco –, bem assim que o dever de prestar alimentos não deve servir de estímulo à ociosidade, não há falar em alimentos.

Portanto, sendo a alimentanda jovem, saudável e reunindo qualificação para o exercício de atividade remunerada, judiciosa é a decisão que exonerou o alimentante da obrigação alimentar.

Nesse sentido, a propósito, é farta a jurisprudência pátria, senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXONERAÇÃO. MAIORIDADE. NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA. 1. O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado. 2. A necessidade do alimentado, na ação de exoneração de alimentos, é fato impeditivo do direito do autor, cabendo àquele a comprovação de que permanece tendo necessidade de receber alimentos. 3. A percepção de que uma determinada regra de experiência está sujeita a numerosas exceções acaba por impedir sua aplicação para o convencimento do julgador, salvo se secundada por outros elementos de prova. 4. Recurso provido"* (STJ. REsp. 1198105/RJ. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento 1.9.2011. Publicação DJe 14.9.2011) (grifo nosso).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. DESCABIMENTO. Com a maioridade da apelante, os alimentos deixaram de encontrar seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores (art. 1566, inc. IV, do CCB) – E que faz presumida a necessidade destes – E passaram a amparar-se na obrigação existente entre parentes (art. 1.694 e seguintes do CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade,*

que deve ser comprovada por quem alega, ou seja, pela alimentanda. Considerando que a alimentanda nada comprova, e possui plena capacidade laboral, não se caracteriza como necessitada ao recebimento de alimentos. Recurso desprovido" (TJ/RS. AC 87093-74.2012.8.21.7000 – Cruz Alta. Sétima Câmara Cível. Relatora Des.ª Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgamento 11.4.2012. Publicação DJERS 16.4.2012).

"DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE DA ALIMENTANDA. NECESSIDADE DOS ALIMENTOS NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. ***O fato de ter a alimentanda alcançado a maioridade civil exonera o alimentante quando demonstrado nos autos não estar aquela estudando, o que afasta a alegada necessidade de continuar a receber a obrigação alimentar devida pelo autor****. 2. Recurso provido"* (TJ/MG. APCV 0030734-48.2010.8.13.0194 – Coronel Fabriciano. Oitava Câmara Cível. Relator Des. Edgard Penna Amorim. Julgamento 8.3.2012. Publicação DJEMG 20.3.2012) (grifo nosso).

Por fim, com relação a indenização pleiteada pela apelante a título de abandono afetivo, entendo igualmente não lhe assistir razão.

De acordo com art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época do nascimento da apelante, atualmente correspondente ao artigo 186 do novo Código Civil, temos que:

"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

Na hipótese, a lide versa sobre responsabilidade civil aquiliana, de ordem subjetiva, já que a autora imputa ao requerido omissão voluntária danosa quanto às obrigações de pai.

Para a configuração da obrigação de indenizar no campo da responsabilidade subjetiva, exige-se a presença de três elementos indispensáveis, quais sejam: conduta antijurídica, por comissão ou omissão; a existência de um dano, ou seja, a lesão ao bem jurídico; e, a existência do nexo de causalidade, ou seja, a caracterização de que o dano decorreu da conduta.

Entendo não existir nos autos elementos caracterizadores da conduta antijurídica do apelado e o nexo causal, capaz de ensejar sua responsabilidade de indenizar à apelante.

O fato da abstenção ao oferecimento de afeto, amor ou de recursos materiais pelo apelado à apelante por sí só não fazem caracterizar dano moral. O abandono afetivo, como ela confessa por não saber o paradeiro do seu genitor, não rende a esta indenização.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "****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.*** *(REsp. n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso Especial não conhecido."* (REsp. 514.350/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009) (g.n.).

Outro não é o entendimento desta Corte:

> *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."*** (TJ/MS. Quarta Turma Cível. N. 2009.022400-9/0000-00. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. DJ. 08.09.2009) (g.n.).

Por essas razões, ausentes os requisitos da conduta antijurídica do apelado e do nexo causal, como já exposto, a manutenção da sentença é medida de rigor.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A CÂMARA, POR UNANIMIDADE, NEGOU 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. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 02 de abril de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0002324-53.2010.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – SEPARAÇÃO DE FATO – PERMANÊNCIA DE UM DOS CÔNJUGES COMO DEPENDENTE DO PLANO DE SAÚDE DE QUE O OUTRO É TITULAR – POSSIBILIDADE – PERMANÊNCIA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

A separação de fato não induz à conclusão de que tenha cessado a dependência econômica entre os ex-cônjuges.

Verificada a dependência econômica, é lícita a manutenção do cônjuge como dependente do plano de saúde de que o outro é titular.

Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de abril de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 126-131 por CASSEMS – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, insurgindo-se contra a sentença de fls. 116-121, proferida pelo douto juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por NILSON DE JESUS MASIAS e MARIA APARECIDA DA COSTA MASIAS na Ação de Obrigação de Fazer n. 0002324-53.2010.8.12.0017.

Os autores ingressaram com a ação alegado que a requerida indevidamente excluiu a segunda a autora da condição de beneficiária do plano de saúde do primeiro requerente sob o argumento de que eles não seriam mais casados. Ressaltaram que não realizaram nenhum divórcio ou qualquer outro ato que configurasse extinção do matrimônio.

Houve contestação e audiência de instrução e julgamento, na qual foi ouvida uma testemunha (fl. 101).

Foram apresentadas alegações finais e proferida a sentença de fls. 116-121, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou procedente a pretensão, determinando à requerida que reincluísse a segunda autora, na condição de dependente do plano de saúde de que é titular o primeiro requerente.

Irresignada, a CASSEMS apela do *decisum* alegando, em síntese, que restou demonstrado e é incontroverso que os autores estão separados de fato, inclusive vivendo em residências diversas; que as normas do Estatuto da Cassems, mais precisamente o art. 13, §2º, determinam que perde a qualidade de dependente o cônjuge, pela separação de fato.

Requer a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às fls. 143-146.

VOTO

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

Versa o presente recurso sobre a possibilidade, ou não, de o cônjuge separado de fato permanecer como dependente no plano de saúde de que é titular o outro.

Isso porque, como bem salientado pelo douto juiz a quo, a separação de fato dos autores restou demonstrada nos autos, não estando mais em discussão a existência ou não dessa separação.

Pois bem.

O recurso não merece provimento. O douto juiz a quo entendeu que *"a separação faz cessar imediatamente os deveres do cônjuge" [...] "Outrossim, o término da convivência marital não implica a desobrigação dos cônjuges quanto ao dever de prestar assistência àquele que dela precisar (artigo 1704, CC). Assim, para que pudesse promover a exclusão do plano de saúde, a Cassems deveria ter demonstrado o término da dependência econômica da autora em relação ao marido (ou ex-marido)"*.

De fato.

A separação judicial ou a separação de fato não induz à presunção de término da dependência econômica dos ex-cônjuges. Aliás, é comum que a dependência econômica continue.

E tanto assim o é que em uma série de decisões judiciais já se determinou a permanência de um dos ex-cônjuges como dependente do outro, titular de um plano de saúde.

É o que se vê nos seguintes precedentes:

> *"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – TUTELA ANTECIPADA – ARTIGO 273, DO CPC – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – INTERNAÇÃO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO CONTRATUAL – REQUISITOS PRESENTES – SEPARAÇÃO DE FATO DE DEPENDENTE E TITULAR – IRRELEVÂNCIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *1. A tutela antecipada deve ser concedida quando existente prova inequívoca, a verossimilhança da alegação (fumus boni iuris) e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).*

2. Evidencia-se a verossimilhança da alegação em razão da ausência de exclusão contratual de cobertura para o tratamento na modalidade home care. Por sua vez, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação está presente em razão da necessidade do tratamento peculiar para a manutenção da saúde e da vida do usuário.

3. O fato de o titular e o dependente estarem separados de fato não possui o condão de excluir este dos benefícios do plano de saúde, uma vez que ambos optaram por permanecerem casados, persistindo o vínculo marital para todos os efeitos civis.

4. Recurso conhecido e improvido."

(TJMS, Agravo de Instrumento n. 2012.013245-2, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10/07/2012).

"E M E N T A – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – RELAÇÃO CONSUMERISTA – VERIFICADA – APLICAÇÃO DO CDC – REINSERÇÃO DE CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE NO QUADRO DE DEPENDENTES DO TITULAR DO PLANO – DEPENDÊNCIA FINANCEIRA EXISTENTE APÓS SEPARAÇÃO JUDICIAL – CLÁUSULA DO ESTATUTO QUE PREVÊ A PERDA DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE – ABUSIVIDADE VERIFICADA – RECURSO IMPROVIDO.

Incide o Código de Defesa do Consumidor nas relações travadas entre usuários e planos de saúde.

Considera-se abusiva a cláusula estatutária de entidade de plano de saúde que prevê a perda da condição de dependente do cônjuge separado judicialmente."

(TJMS, Apelação Cível n. 2010.020412-8, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 19/10/2010).

"APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E PARCIALIDADE DO JUÍZO ***A QUO****. INOCORRÊNCIA. SEPARAÇÃO. ALIMENTOS. VALOR. PARTILHA. VALORES E IMÓVEL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Não há falar em cerceamento de defesa pelo não deferimento de prova, quando o juízo declara encerrada a instrução em audiência, sem que a parte tenha reiterado pedido de realização da prova, ou sequer recorrido contra a decisão que declarou encerrada a instrução. Hipótese de preclusão. A eventual divergência entre a análise que o juiz faz da prova, e a análise que a parte faz da prova, não é elemento a demonstrar a parcialidade do juiz, que é livre para analisar a prova e formar o seu convencimento.* ***Caso de alimentos adequadamente fixados em 15% sobre os rendimentos do apelado, mais manutenção da apelante como dependente dele no plano de saúde.*** *Ausência de prova de necessidades maiores, a justificar fixação em valor superior. Não provada a existência de valores depositados em contas bancárias na data da separação de fato, não há como determinar partilha. Precedentes jurisprudenciais. Provada a venda de um imóvel comum, com a divisão igualitária do produto da venda, tem-se por exclusivo o imóvel que o apelado adquiriu praticamente na mesma data da venda, e com valores equivalentes ao que ele recebeu pela venda do imóvel comum. Desprovidos todos os pedidos de reforma da sentença deduzidos em apelo, não se verifica qualquer razão para alterar a fixação de honorários de sucumbência. A alegação de parcialidade da magistrada "a quo" em grau de recurso, ainda que desacompanhada da indicação de alguma das situações previstas no artigo 135, do CPC, não serve para enquadrar o recurso em alguma das hipóteses do artigo 17, do CPC. Mesmo com a resolução do mérito deste processo, determina-se oficiamento à Receita Federal e ao Banco Central, para conferir eventuais depósitos de valores em nome do ex-marido, mesmo após a baixa dos autos ao primeiro grau, a fim de evitar-se sentimento de injustiça para o futuro. REJEITADAS AS PRELIMINARES, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, E INDEFERIRAM O*

PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ À APELANTE." (Apelação Cível n. 70045992922, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/05/2012).

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu a respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. ACORDO HOMOLOGADO. PREVISÃO DE PERMANÊNCIA DE EX-CÔNJUGE NO PLANO DE SAÚDE. LEGALIDADE. RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há falar em incompetência absoluta do juízo estadual, porquanto examinou matéria de sua competência; qual seja, direito de família. Inaplicabilidade do art. 109, I, da CF.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não há qualquer ilegalidade no acordo de separação consensual homologado judicialmente que prevê a manutenção de ex-cônjuge no plano de saúde do outro, uma vez que será deste o ônus decorrente do cumprimento do encargo, e não do órgão de assistência à saúde suplementar.

3. Este Sodalício já assentou ser uma obrigação alimentar a inclusão de alimentando em plano de saúde.

4. O cônjuge separado judicialmente ainda mantém o vínculo de matrimônio e, comumente, existe a relação de dependência, representada pelo percebimento de pensão alimentar, sendo lícito, portanto, ao ex-cônjuge figurar como dependente direto no plano de assistência à saúde. Existência de previsão em normas internas da entidade de assistência médica supletiva. Inocorrência de direito líquido e certo amparável pela via do mandado de segurança.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no RMS 17.240/ES, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 22/06/2010).

Ante o exposto, conheço o recurso interposto por CASSEMS – Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 30 de abril de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0012526-40.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA – PARTILHA DE BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – EXISTÊNCIA DE PRÉVIA SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL – IMÓVEL ADQUIRIDO DURANTE A CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, MAS FINANCIADO JUNTO À C.E.F. – PAGAMENTO DE 15 PARCELAS DO PREÇO DO FINANCIAMENTO ATÉ A DATA DA SEPARAÇÃO DE FATO – FORMA DE PARTILHA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Por disposição expressa do Código Civil, há comunicação dos bens que foram adquiridos na constância do casamento quando for estabelecido o regime de comunhão parcial de bens, independente de quem tenha sido o cônjuge que tenha feito o pagamento do valor respectivo, relativo à aquisição.

Conforme preceitua o artigo 1.660, I do Código Civil, fazem parte da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, de maneira que a partilha, em princípio, deve ser realizada na proporção de 50% para cada um.

Todavia, em existindo imóvel adquirido mediante financiamento junto à instituição financeira, deve-se partilhar não o imóvel em sua integralidade, mas o valor correspondente às parcelas adimplidas durante a convivência comum do casal, até a data da separação de fato, pouco importando se houve ou não contribuição financeira de ambos os cônjuges.

Tratando-se de imóvel financiado, quanto às prestações vincendas, não há como partilhar aquilo que sequer é de propriedade do casal. Até a data do adimplemento integral do contrato, não são eles proprietários do imóvel, mas somente promitentes compradores.

Se as prestações atuais vêm sendo pagas exclusivamente pela apelante, depois da separação de fato, não se justifica que o imóvel, no seu todo, ingresse na partilha, devendo-se partilhar tão somente o valor que foi pago de financiamento durante o período de convivência comum do casal, na proporção de 50% para cada um, compensando-se o valor devido com outros bens a serem partilhados, definidos em liquidação de sentença.

Recurso parcialmente provido, em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta por N.B.S.P., às fls. 244/258, contra sentença de fls.193/201, proferida pelo juízo da 1ª Vara de Família Digital de Campo Grande/MS que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial da Ação de Separação Litigiosa de n.º 0012526-40.2010.8.12.0001 ajuizada pela apelante em face de E.L.P.

Extrai-se dos autos que a recorrente ajuizou ação de separação litigiosa em face de E.L.P., ora recorrido, aduzindo que foi casada com o ele pelo período de 22 (vinte e dois) anos, estando separada de fato desde o dia 24 de setembro do ano de 2009. Informou que desta união advieram 2 (duas) filhas, ambas maiores e capazes, além de bens e dívidas e requereu a partilha dos bens e das dívidas adquiridas pelo casal, até a data da separação de fato das partes, no importe de 50% (cinquenta por cento) para cada.

O douto magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Afirma que mês de julho do ano de 2008, ainda durante o matrimônio, adquiriu um imóvel residencial localizado no lote de terreno nº 16 da quadra 13 no loteamento Parque Rita Vieira, Campo Grande, MS financiado pela Caixa Econômica Federal em 252 (duzentos e cinquenta e duas parcelas), sendo que no instrumento de compra e venda do imóvel, ante a composição da renda das partes e sua contribuição na aquisição, restou determinado que a apelante seria responsável pelo pagamento de 69,76% (sessenta e nove virgula setenta e seis por cento) do contrato, e que o apelado pelo restante, entretanto, este jamais contribuiu com o pagamento de qualquer valor, sendo ela responsável pelo pagamento da totalidade das parcelas.

Alega que o douto magistrado, mesmo tendo conhecimento de tais informações, determinou a partilha do imóvel citado em 50% para cada parte, sem, contudo, estipular uma data limite para haver a citada divisão.

Sustenta que a existência do contrato não autoriza que o recorrido usufrua de 50% (cinquenta por cento) do valor do bem, vez que restou claro com a celebração da avença que sua porcentagem sobre a propriedade seria de 30,24% (trinta virgula vinte e quatro por cento), sendo que nem mesmo esse valor foi adimplido pelo apelado.

Assim, entende que não há como admitir a partilha do bem com seu ex cônjuge, porquanto este jamais contribuiu para sua aquisição.

Defende, caso não seja este o entendimento esposado, que deve ser levado em consideração o teor do contrato e as porcentagens nele estabelecidas para a realização da divisão.

Alternativamente, ainda, sustenta que partilha do imóvel seja efetuada tão-somente até a data da separação de fato do casal, ou seja, 24 de setembro de 2009, momento em que o recorrido efetivamente deixou de residir no imóvel, não contribuindo com a subsistência da família.

Ao final requer o conhecimento e provimento do presente recurso.

Contrarrazões às fls. 266/270.

VOTO

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

I.

Primeiramente analiso a preliminar levantada pelo recorrido em sede de contrarrazões.

O apelado afirma que o recurso interposto sem motivação é pedido inepto, por ser impossível, isto porque não há previsão no regime jurídico de outra forma de partilha para as pessoas casadas sob o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, defende a "inépcia da apelação".

Não há a alentada inépcia.

A apelação foi apresentada às fls. 244 até as fls. 258. Nela, a apelante desenvolve, em primeiro lugar, a técnica de descrever a síntese do processo (fls. 246/248), descreve seu alentado direito (fls. 248/249) e passa, em seguida, a apresentar, das fls. 249/258, as razões pelas quais entende que o recurso deve ser provido.

A petição é dotada de silogismo e de rigor técnico em sua elaboração, contendo expressamente, inclusive, não só as razões pelas quais a sentença deva ser alterada, como formula, também, pedido expresso de sua reforma.

Há, assim, fundamentação suficiente e ataque aos termos da sentença, não padecendo o recurso, portanto, da alentada inépcia, prestando-se plenamente aos fins colimados, que é a modificação da r. sentença proferida em primeiro grau de jurisdição.

A preliminar, por isto mesmo, deve ser rejeitada.

REJEITO A PRELIMINAR.

Mérito.

II.

Na presente ação o douto magistrado julgou parcialmente o pedido para declarar o divórcio do casal e extinto o vínculo matrimonial, constituindo condomínio de 50% para cada uma das partes sobre os bens imóveis e móveis descritos às fls. 200/201.

Conforme relatado, a questão discutida refere-se unicamente à partilha do imóvel móvel residencial localizado no lote de terreno nº 16 da quadra 13 no loteamento Parque Rita Vieira, Campo Grande, MS financiado pela Caixa Econômica Federal em 252 (duzentos e cinquenta e duas parcelas), eis que a recorrente não se conforma com o entendimento externado em primeiro grau de que o bem deve ser partilhado entre ambos os cônjuges na proporção de 50% para cada um.

Tenho que assiste em parte razão à apelante, devendo ser acolhido o último dos pedidos subsidiariamente feitos em primeiro grau de jurisdição, rejeitados pelo juízo, e aqui referendados, no sentido de se admitir que em relação ao imóvel adquirido pelo casal e objeto de financiamento pela C.E.F., havido na constância do casamento e pendente, ainda de quitação, a partilha incida tão-somente sobre o percentual do bem efetivamente pago durante o casamento, e até a data da separação de fato do casal.

Induvidoso que por disposição expressa do Código Civil, tanto no atual, quanto no anterior, há comunicação dos bens que foram adquiridos na constância do casamento quando for estabelecido o regime de comunhão parcial de bens.

Deveras, as previsões referentes à essa espécie de regime vem expressamente descritas nos artigos 1658, 1659 e 1660 do Código Civil.

Confira-se.

> *"Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.*
>
> *Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:*
>
> *I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;*
>
> *II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;*
>
> *III - as obrigações anteriores ao casamento;*
>
> *IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;*
>
> *V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;*
>
> *VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;*
>
> *VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.*
>
> ***Art. 1.660. Entram na comunhão:***
>
> ***I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;***
>
> *II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;*
>
> *III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;*
>
> *IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;*
>
> *V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão."*

Assim, durante a vigência do casamento, presume-se que cada cônjuge contribui com sua parte para a formação dos bens que sobrevieram enquanto vigorou o enlace matrimonial, mesmo que a participação monetária não tenha sido equivalente. Não interessa, na realidade, quem efetivamente efetuou o pagamento dos valores devidos para a formação do patrimônio comum, presumindo-se que ambos contribuíram com idêntica proporção.

Nestes termos, conforme preceitua o artigo 1660, I do alentado Código, fazem parte da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, de maneira que não prospera a afirmação de que deve prevalecer as porcentagens estabelecidas no contrato de compra e venda do imóvel, eis que tais disposições não interferem no sistema legal de partilha de bens estabelecido para o regime de bens vigente durante o casamento das partes ora litigantes.

Esse foi o entendimento esposado em primeiro grau, conforme se infere do trecho da sentença abaixo transcrito:

> *"Em relação a partilha dos bens amealhados pelas partes, passo ao julgamento deste pedido.*
>
> *A autora afirma que as partes amealharam os seguintes bens:*
>
> *- lote de terreno n. 16 da quadra 13 no loteamento Parque Rita Vieira, Campo Grande, MS, financiado pela Caixa Econômica Federal, pago, até o presente momento, R$ 22.000,00. Avaliado pelo oficial de justiça por R$ 85.000,00 (fls. 171).*
>
> *- lote de terreno n. 06 da quadra E no loteamento Condomínio Estância Poção Jaú, Corguinho-MS, avaliado em R$ 6.000,00. Avaliado pelo oficial de justiça por R$ 7.000,00 (fls. 180).*
>
> *Por outro lado, o requerido sustenta que os bens móveis da residência (individualizados na contestação), atingem o montante de R$ 4.300,00, não impugnados pela parte autora.*
>
> *É de se notar que as partes contraíram matrimônio sob o regime de comunhão parcial de bens e, portanto, todos os bens amealhados onerosamente neste período devem ser partilhados, consoante o disposto nos art. 1.658 a 1.660 do Código Civil, independentemente de quanto cada um dos cônjuges tenha contribuído para a aquisição do respectivo bem.*
>
> *Diante disso, tendo sido estes bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio, eles devem ser partilhados em 50% para cada um."*

Todavia, no caso em concreto, como bem posto pela apelante, e fato não observado pelo digno magistrado da causa, foram pagas apenas **15 (quinze)** parcelas do preço do financiamento, depois da aquisição do bem, até a data da separação de fato do casal, ocorrida – e esse é fato induvidoso nos autos – na data de **24.09.2009.**

A partir dessa data todas as parcelas do financiamento foram pagas em sua integralidade pela apelante, exclusivamente, fora da relação do casamento.

Logo, não se revela justo que o imóvel, no seu todo, seja partilhado na proporção de 50% a cada um dos cônjuges, como determinado pelo douto juízo de primeiro grau, porque há uma desconsideração em relação ao fato, também induvidoso, que a comunicação do bem, por força do regime matrimonial, diz respeito não à totalidade do imóvel, mas ao número de parcelas do financiamento pagas até a data em que houve a separação, pena de enriquecimento ilícito, no caso, do ex marido em face da ex esposa, que continua a sustentar o pagamento exclusivo das parcelas do financiamento do imóvel.

Por outras palavras, o que estou afirmando, é que se o imóvel é financiado, o que se partilha são *os direitos* decorrentes da aquisição, porque parte substancial do preço não foi pago pelo casal, mas sim apenas dele, e é o correspondente a essa quota-parte que deve ser objeto de partilha.

O restante, posto existir financiamento, é *passivo*, é *débito*, para cuja satisfação não contribui o ex-marido apelado, em decorrência do que, também, não lhe pode ser assegurado o direito de receber 50% do valor do imóvel, no seu todo, quando está financiado e com pagamentos sendo feitos, presentemente, exclusivamente pela apelante.

Nesse sentido a jurisprudência:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. IMÓVEL FINANCIADO. PARTILHA DAS PARCELAS ADIMPLIDAS NO PERÍODO DA CONVIVÊNCIA CONJUGAL. SENTENÇA MANTIDA. - No regime da comunhão parcial de bens, todos os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados, pois, passam a integrar o patrimônio comum do casal, pouco importando se houve ou não contribuição financeira por ambos os cônjuges.*
>
> *Em se tratando de imóvel financiado junto à instituição financeira, somente àquelas parcelas adimplidas durante a relação conjugal deverão ser rateadas entre o casal. Tratando-se de imóvel financiado, quanto as prestações vincendas, não há como partilhar aquilo que sequer é de propriedade do casal, porquanto, até o adimplemento integral do contrato, não são eles proprietários do imóvel, mas somente promitentes compradores, conforme se verifica inclusive de cláusula contratual. Apelação Cível 1.0324.08.058480-2/002 0584802-54.2008.8.13.0324 (1) Relator(a) Des.(a) Eduardo Andrade Órgão Julgador / Câmara Câmaras Cíveis Isoladas / 1ª CÂMARA CÍVEL Súmula DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO Comarca de Origem Itajubá Data de Julgamento 26/10/2010 Data da publicação da súmula 26/11/2010".*

O eminente RUI PORTANOVA, desembargador do TJ do Rio Grande do Sul, foi relator de acórdão semelhante ao presente caso, assim externando seu pensamento:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – BASE DE CÁLCULO – PARTILHA DE BEM FINANCIADO – VALOR DEVIDO A TÍTULO DE MEAÇÃO PARA A PARTE QUE NÃO FICOU COM O BEM – PERCENTUAL CORRESPONDENTE À METADE DO TOTAL DAS PARCELAS PAGAS DO FINANCIAMENTO DO IMÓVEL DURANTE A COMUNHÃO. Percentual esse que deve incidir sobre o valor de alienação do bem. NEGARAM PROVIMENTO."*
>
> (Agravo n 70046311866, 8ª, Câmara Cível, TJRS, julgado em 15.12.2011, Rel. Des. RUI PORTANOVA).

Na realidade, o patrimônio formado por um dos cônjuges depois da *separação de fato*, pertence exclusivamente ao cônjuge que o formou, sem a participação do outro.

ARNALDO RIZARDO, com apoio em WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ambos dispensando apresentações, ensina-nos que "*tanto no regime de comunhão universal como no de comunhão parcial, o patrimônio formado durante a separação de fato pertence exclusivamente ao cônjuge que o constituiu"*. (Autor cit., Curso de Direito Civil, 2006, p. 675-677).

Logo, partilha-se tão somente a quantia que foi objeto de pagamento durante o tempo de vida comum, ou seja, 15 (quinze) parcelas, as quais totalizam R$ 8.235,66, fato também não posto em dúvida pelo apelado, cabendo a cada um dos cônjuges a quantia correspondente à metade.

Havendo a autora ficado na posse do bem e efetuado o pagamento das parcelas restantes, deve pagar ao ex-marido, ou obter compensação com valores que lhe são por este devidos, a ser apurado em liquidação de sentença, o valor de R$ 4.117,83 (quatro mil, cento e dezessete reais e oitenta e três centavos), que corresponde aos 50% do valor do financiamento pago, desde a aquisição até a data da separação de fato do casal.

Referida quantia será corrigida desde a data da separação de fato, até efetivo pagamento, pelo IGPM-FGV.

De rigor, a correção haveria de ser desde a data de cada pagamento das parcelas do preço do financiamento, mês a mês.

Mas esta solução imporia um elevado encargo para a apelante, de vez que é induvidoso também dos autos que pagou ela a integralidade das parcelas, em que pese o fato de que as partes teriam convencionado que cada um dos cônjuges pagaria certo percentual, obrigação nunca cumprida pelo devedor.

De qualquer sorte, tendo sido o pagamento efetuado durante o período de convivência comum do casal, não tem relevância quem pagou, se no todo ou em parte, porque o bem ingressa no patrimônio comum para ser dividido, não em se tratando da propriedade em seu todo, pelos fatos já apontados, mas em relação ao valor das parcelas do financiamento que foram adimplidas desde a aquisição até a data da separação de fato do casal.

Mas tem relevância o fato de que a apelante, que pagou a totalidade do preço do financiamento, mensalmente, embora devesse pagar menos, não pode ser agora compelida a devolver o valor respectivo com sua correção monetária desde a data de cada pagamento.

Na definição de que o valor será o de R$ 4.117,83 com correção desde a data da separação, parece-me que se encontra uma forma de compensar a apelante pelo fato de que não deveria ter suportado, sozinha, o encargo do pagamento do financiamento, eis que parte era da obrigação do apelado, mas mesmo assim o fez, de forma abnegada e duradoura.

Os valores, por isto mesmo e na forma aqui especificada, serão objeto de liquidação de sentença.

Juros moratórios, na espécie, não incidem, porque não se pode reputar a apelante como estando em mora, eis que esperava a definição da partilha para poder dar tratativa a forma pela qual devem os cônjuges pagar-se um ao outro, mediante as respectivas compensações, se houver, ao final, em favor de um ou outro.

No mais, a sentença se mantém, sobre os demais bens, porque a partilha deve subsumir-se somente aos bens existentes ao tempo da separação de fato, convertida, depois, em separação judicial, através da sentença.

Tecidas tais considerações, conheço do recurso e lhe dou **parcial provimento** para reformar a r. sentença em parte, acolhendo o pedido subsidiário da apelante para **excluir da partilha,** no seu todo, o imóvel adquirido pelo casal e financiado pela Caixa Econômica Federal (Lote de terreno 16, da quadra 13, do Parque Rita Vieira), devendo a partilha, quanto a esse imóvel, ser feita tomando-se em consideração tão-**somente o valor das parcelas pagas a título de financiamento desde a data do primeiro pagamento até a data da separação de fato do casal, 24.09.2009, correspondendo a meação devida em R$ 4.117,83. Como** a apelante haverá de ficar com o imóvel em sua integralidade, pagará ao apelado tal valor, correspondente a 50% do valor total pago até aquela data, o qual será acrescido de correção monetária, desde 24.09.2009, pelo IGPM-FGV, sem juros de mora, posto inexistente esta, ou, compensado com o valor de outros bens objeto da partilha, a ser definido em liquidação de sentença.

Para alcançar tal fim, deve-se expedir **carta de sentença** à Caixa Econômica Federal, para que averbe que referido imóvel passa a pertencer **exclusivamente** à apelante N.B.S.P., em favor de quem, exclusivamente, deverá ser escriturado o imóvel, depois de cumpridas todas as obrigações contratuais relativas ao pagamento do saldo devedor, na forma contratada.

No mais e quanto aos demais bens do casal, mantenho a r. sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 0601907-34.2012.8.12.0000 - Ponta Porã
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO INTERNACIONAL – CASAMENTO ENTRE BRASILEIROS CELEBRADO NO EXTERIOR E DEVIDAMENTE REGISTRADO NO BRASIL (ARTIGO 32, § 1º, DA LEI 6.015/73) – DIVÓRCIO – RÉU DOMICILIADO NO EXTERIOR – COMPETÊNCIA INTERNACIONAL – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA (ARTIGO 88, III, DO CPC E ARTIGO 7º E 7º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO) – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA – RECURSO, NESTE PONTO, IMPROVIDO.

1. Existindo conflito de leis no espaço, para a determinação da legislação aplicável é necessário que se estabeleça, prioritariamente, a competência internacional, regulada, na legislação brasileira, no que pertine à espécie dos autos, pelo artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil.

Dentro dessa idéia, é de se ver que o ordenamento jurídico pátrio acolheu como elemento de conexão, para firmar a competência da justiça brasileira, na forma do artigo 88, III, do CPC, ter o fato ocorrido no Brasil ou o ato aqui praticado, norma que deve ser aplicável quando se constata que o casamento dos litigantes, embora realizado no estrangeiro (Portugal), foi levado a registro perante o Registro Público situado no Brasil, aqui devendo produzir efeitos, na forma do artigo 32, § 1º, da Lei 6.015/73.

2. De outro tanto, o artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que "*a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*".

Os direitos e deveres decorrentes do matrimônio regular-se-ão pela do país em que for domiciliada a pessoa casada, de sorte que, em conformidade com o nosso ordenamento jurídico, é "a justiça brasileira, mediante aplicação de nossas leis, a competente para decidir sobre separação judicial ou divórcio ajuizado pelo nacional ou estrangeiro aqui domiciliado.

3. Assim, a Justiça Brasileira é competente para processar e julgar as controvérsias atinentes ao Direito de Família quando uma das partes domiciliada no Brasil, no caso a autora e quando o casamento realizado no estrangeiro foi aqui registrado para produzir efeitos, inclusive e em especial para firmar a competência da Justiça Brasileira para processo e julgamento da ação de divórcio cumulada com guarda da filha do casal, regulamentação de visita e fixação de pensão alimentícia.

PEDIDO DE REPATRIAMENTO DA FILHA MENOR DO CASAL FORMULADO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL – ARTIGOS 13, 'B' E '6 DA CONVENÇÃO DE HAIA – PEDIDO QUE IMPLICA NA SUSPENSÃO DO CURSO DA AÇÃO EM RELAÇÃO À GUARDA DA MENOR E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 265, IV, "a", DO CPC, ATÉ JULGAMENTO DO PEDIDO DE REPATRIAMENTO. RECURSO, NO PONTO, PROVIDO.

O pedido de repatriamento do filho do casal perante a Justiça Federal impede decisão de **mérito** sobre o direito de guarda e regulamentação da visita, por força do artigo 16 da Convenção

de Haia, aplicando-se, na espécie, o artigo 265, IV, "a", do CPC (prejudicialidade externa), até julgamento daquele pedido pela Justiça Federal.

Todavia, em razão do disposto no artigo 13, "b", da mesma Convenção, é lícito à Justiça Comum, deliberar sobre a guarda provisória da filha do casal, até mesmo pelo fato de que a ação de guarda (que é pedido cumulado ao de divórcio) foi ajuizada anteriormente ao pedido de repatriamento, devendo ser mantida essa decisão em atendimento ao princípio da proteção ao melhor interesse da criança.

Recurso conhecido e parcialmente provido, em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por **NUNO MIGUEL DE NEGRIER E PINA**, insurgindo-se contra a decisão de fls. 83/85 do douto juízo da 1ª vara cível de Ponta Porã/MS, que, na ação de divórcio litigioso c/c separação de corpos, guarda, regulamentação de visitas e alimentos provisórios movida por **SIMONE ALESSANDRA TORRES CARPES, rejeitou a preliminar de incompetência do juízo argüida na contestação e afastou prejudicial do julgamento do mérito,** consistente na alegação de que a questão da guarda não poderá ser objeto de apreciação por estar pendente processo administrativo de *repatriamento* da menor, que se encontra, segundo alegado pelo agravante, retida indevidamente pela agravada.

Nas razões recursais, o agravante expõe o seguinte, quanto aos fatos:

(a) que se trata de ação de divórcio proposta pela agravada, sendo que uma das questões discutidas é a guarda, regulamentação de visitas e fixação de alimentos em relação à filha das partes;

(b) que, em que pese a versão distorcida apresentada pela agravada, a verdade é que o agravante tem domicílio estabelecido em Portugal há nove anos, sendo que Ponta Porã é a cidade onde passou sua infância e adolescência e que visita em períodos de férias;

(c) que, inclusive, foi nas férias passadas, no dia 22/12/2011, durante o recesso forense, que recebeu a citação por oficial de justiça, na casa de seus pais;

(d) que a agravada foi para Portugal com o propósito de lá permanecer em vida conjugal com o ele (agravante), tanto que o matrimônio foi realizado perante autoridade portuguesa (e não perante autoridade brasileira), justamente para regularizar a situação;

(e) que os fatos ocorreram de forma diversa da exposta pela agravada, sendo que sua intenção é embutir no agravante a imagem de pessoa desnaturada, insensível e irresponsável;

(f) que a filha do casal foi registrada em Portugal, por ser filha de pai português e porque estar estabelecida naquele país, domicílio da família;

(g) que é inegável, tendo em vista os documentos juntados, que Beatriz (filha do casal) nasceu em Lisboa, cidade em que fixou moradia, em apartamento bem localizado e especialmente montado por ele (agravante) para receber a filha com conforto;

(h) que a criação e educação da filha se deram, desde o início, em Portugal, onde foi matriculada, por ele (agravante), no Colégio de Atividades Educativas desde o oitavo mês de idade;

(i) que garantiu, ainda, assistência médica periódica à filha, aulas de natação aos domingos, aulas de inglês para crianças e atividades de desenvolvimento lógico, motor e cognitivo ministradas pela empresa Gymboree;

(j) que, pelos documentos trazidos aos autos, fica claro todo o afeto, carinho e cuidados que sempre dedicou à filha;

Preliminarmente, suscita incompetência do douto juízo, eis que a celebração do casamento não aconteceu perante autoridade brasileira e que ele (ora agravante), de nacionalidade portuguesa não tem domicílio no Brasil, mas sim em Portugal.

Esclarece, nesse sentido, que o procedimento de registro do casamento perante a autoridade consular do Brasil e no Ofício do Registro Civil de Ponta Porã foi apenas efetivado para se conferir validade do ato em território nacional, contudo sem invalidar ou mitigar o ato lavrado em Portugal – de modo que são as leis lusitanas que regem as obrigações entre as partes.

Ademais, conforme sustenta, a hipótese é de aplicação dos § 3º e § 4º do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõem:

> *"§ 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.*
>
> *§ 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal."*

Como o primeiro domicílio conjugal foi em Portugal, é a lei deste país que deve reger o caso.

Nesses termos, pede o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Brasileira para o julgamento, devendo ser extinto o processo sem resolução do mérito.

Alega outra prejudicial de julgamento do mérito, consistente na pendência de processo administrativo para fins de repatriamento da menor – que, segundo sustenta, se encontra retida indevidamente pela genitora.

Nessa extensão, afirma que, nos termos do artigo 16 da Convenção de Haia, é vedado às autoridades do país decidirem sobre o mérito do direito de guarda após terem sido informadas da transferência ou retenção ilícita de uma criança – tal como ocorre no caso em comento, segundo aduz o agravante.

Nesses moldes, defende que o feito deve ser ao menos suspenso até ser dada a solução no citado processo administrativo.

Informa a juntada de documentos novos, que não puderam ser juntados à época da contestação, porque não existiam. Trata-se, segundo noticia, de documentos sobre o trâmite do processo administrativo, com a informação de que a AGU finalizou a análise do caso e, por encontrar subsídios suficientes, encaminhou o caso para a Justiça Federal – o que, inclusive, demonstra a legitimidade de suas alegações.

Com base nisso, frente ao pronunciamento da Justiça Federal que será dado, requer a a extinção do feito com relação, exclusivamente, à regulamentação da guarda ou, então, a sua suspensão.

O recurso foi recebido com efeito devolutivo e suspensivo, conforme despacho de recebimento de fls. 88/91.

O juízo de primeiro grau prestou informações às fls. 95/96.

A agravada apresentou contraminuta às fls. 97/116.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 155/165 opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

I.

O deslinde da controvérsia cinge-se à perquirição da competência da Justiça Brasileira para processar e julgar **ação de divórcio litigioso**, tendo o casamento sido celebrado no exterior e lá residindo **um dos cônjuge, mas aqui devidamente levado, também, a registro.**

Requer o agravante que o feito seja extinto sem julgamento do mérito, a partir do reconhecimento da incompetência da Justiça Brasileira, eis que o primeiro domicílio conjugal foi em Portugal, devendo a lei daquele país reger o caso, lá devendo ser processada a ação.

Para bem dirimir a questão, algumas observações devem ser feitas.

A primeira é a de que deve se definir, em face da competência *internacional*, se a jurisdição brasileira pode atuar no caso concreto.

É fato induvidoso, como bem acentuado no parecer da E. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 159/160), que:

> *"[...] De fato, observa-se à f. 52 que o casamento entre o Agravante, de nacionalidade portuguesa, e a agravada, nacional do Brasil, s****e deu perante a Conservatória do Registro Civil de Loures, em Portugal.***
>
> *No entanto, conforme f. 123, por ser a Agravada brasileira, o ato foi legalizado no Consulado Geral da República Federativa do Brasil em Lisboa e seu Distrito e,* ***posteriormente, registrado no Cartório de Notas e Registro Civil de Ponta Porã/MS,*** *passando a ter plena validade e* ***produzindo efeitos no território brasileiro, consoante disposição do art. 32, § 1º, da Lei 6.015/73.***

> *Saliente-se que a agravada **reside no Brasil**, conforme comprovante de residência de f. 125 e matrícula do imóvel acostada à fl. 139.*
>
> *Assim, competente a Justiça Brasileira para prestar o provimento jurisdicional pleiteado na Ação de Divórcio ajuizada pela Agravada nos termos do artigo 100, inciso I, do Código de Processo Civil, [...].*
>
> *Além disso, ressalta-se que o artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve que "a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família".*
>
> *Assim sendo, como a Agravada é domiciliada no Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro determina os direitos de família, sendo a justiça brasileira competente para o processamento e julgamento da causa".*
>
> (Fls. 159/160).

O problema deve ser enfrentado sob a ótica da **competência internacional, regulada nos artigos 88 e 89 do Código de Processo civil, dispondo o primeiro dos dispositivos processuais que:**

O artigo 88 do CPC estabelece:

> *"Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:*
>
> *I – o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;*
>
> *II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;*
>
> *III – a ação **se originar de fato ou ato praticado no Brasil".***

Ora, se a justiça brasileira não é competente para processar e julgar ação em que o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, **não estiver domiciliado no Brasil** (*contrario sensu* ao que dispõe o inciso I do artigo 88 do CPC), **é, todavia, competente,** quando a ação **se originar de fato ou ato praticado no Brasil**, tal como consta do inciso III do mesmo dispositivo legal. E o ato ou fato praticado no Brasil foi, exatamente, o registro do casamento feito em território estrangeiro, na forma prevista no artigo 33 e parágrafos da Lei 6.015/73, fato induvidoso e provado nos autos.

Além disso, incide na espécie o artigo 7º, *caput*, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe que *"a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família"*.

E, dentre os direitos de família, classifica-se, obviamente, a ação de separação judicial, devendo, portanto, incidir a regra do domicílio da pessoa para saber qual lei se aplica no caso em concreto.

Vale dizer: aos direitos e deveres decorrentes do matrimônio regular-se-ão pela *lex domicilii* (princípio domiciliar). Desse modo, a lei do país em que for domiciliada a pessoa casada determinará as normas relativas ao direito de família, sendo, portanto, *"a justiça brasileira, mediante aplicação de nossas leis, a competente para decidir sobre separação judicial ou divórcio ajuizado pelo nacional ou estrangeiro aqui domiciliado*[1].

1 Maria Helena DINIZ, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. Saraiva, 2004. p. 217.

É o caso dos autos, eis que se trata de **ação de divórcio** movida por brasileira, que, muito embora tenha contraído matrimônio no exterior, é domiciliada no território nacional e, mais do que isto, o casamento foi registrado no Brasil, aqui **produzindo efeitos**, em conformidade com o artigo **32, § 1º, da Lei 6.015/73, que dispõe:**

> *"Art. 32. Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.*
>
> *§ 1º Os assentos de que trata este artigo serão, porém, transladados nos cartórios de 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, **quando tiverem de produzir efeito no País**, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores."*

Além disso os §§ 2º a 5º do mesmo dispositivo legal, **em relação ao filho** do casal nascido no estrangeiro, estabelece:

> *"§ 2°. O filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro, e cujos pais não estejam ali a serviço do Brasil, desde que registrado em consulado brasileiro ou não registrado, venha a residir no território nacional antes de atingir a maioridade, poderá requerer, no juízo de seu domicílio, se registre, no livro "E" do 1º Ofício do Registro Civil, o termo de nascimento.*
>
> *§ 3º Do termo e das respectivas certidões do nascimento registrado na forma do parágrafo antecedente constará que só valerão como prova de nacionalidade brasileira, até quatro (4) anos depois de atingida a maioridade.*
>
> *§ 4º Dentro do prazo de quatro anos, depois de atingida a maioridade pelo interessado referido no § 2º deverá ele manifestar a sua opção pela nacionalidade brasileira perante o juízo federal. Deferido o pedido, proceder-se-á ao registro no livro "E" do Cartório do 1º Ofício do domicílio do optante.*
>
> *§ 5º Não se verificando a hipótese prevista no parágrafo anterior, o oficial cancelará, de ofício, o registro provisório efetuado na forma do § 2º."*

Ora, tendo sido o casamento, então, registrado no Brasil e aqui devendo produzir efeito, incide o inciso III do artigo 88 do CPC que, ao regular a competência internacional, diz ser competente a autoridade judiciária brasileira quando a ação se originar de **fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.**

Nesse exato sentido, aliás, a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que assim se pronunciou:

> *"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. CASAMENTO REALIZADO NO BRASIL. CÔNJUGES RESIDENTES NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. INTELIGÊNCIA DO ART. 88, III, DO CPC.*
>
> *Embora atualmente os cônjuges residam no exterior, a autoridade judiciária brasileira possui competência para a decretação do divórcio se o casamento foi celebrado em território nacional. Inteligência do art. 88, III, do CPC.*

2. Recurso especial provido.(REsp 978.655/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010)". [2]

O casamento não foi realizado no Brasil, isto é certo, mas aqui **foi registrado**, de sorte que, aqui **produzindo efeitos**, a ação de divórcio pode ser proposta perante a autoridade judiciária brasileira, como na espécie.

Nesse sentido, também, são os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA – CASAMENTO REALIZADO NO EXTERIOR. CÔNJUGE DOMICILIADO NO BRASIL. RECURSO PROVIDO.

1 - Nos termos do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, em se tratando de Direito de Família, vigoram as leis do país em que domiciliada a pessoa.

2 - A Justiça Brasileira é competente para processar e julgar as controvérsias atinentes ao Direito de Família ***quando uma das partes é domiciliada no Brasil."*** (TJDF, AC 2004.01.1.105820-8; Rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves. Julgado: 14/2/2007).

"AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CASAMENTO NO ESTRANGEIRO, ONDE O VARÃO SE MANTÉM. MULHER DOMICILIADA NO TERRITÓRIO PÁTRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA.

A Justiça Brasileira é competente para as controvérsias de Direito de Família, quando um dos cônjuges se domiciliada no país, mesmo que o casamento tenha se celebrado no estrangeiro, onde permanece o outro parceiro, e ocorreu o evento que originou o dissídio (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 7º). Apelação provida, para desconstituir a Decisão." (TJRS, AC n. 70001547918, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado:13/12/2000).

E o e. Procurador-Geral que atuou no feito trouxe a lume, ainda, dois outros acórdãos no mesmo sentido, que peço vênia para transcrever:

"APELAÇÃO CÍVEL SEPARAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO REALIZADO NO EXTERIOR – CÔNJUGE RESIDENTE NO BRASIL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA – ARTIGO 7º DA LICC.

Consoante artigo 7º da LICC, a Justiça Brasileira é competente para julgar a ação de separação judicial quando um dos cônjuges é domiciliado no Brasil, ainda que o matrimônio tenha sido celebrado no exterior e lá permaneça o outro cônjuge."

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0015.09.054638-1/001. Além Paraíba/MG, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Afrânio Vilela. Julgamento 05.10.2010. Publicação da Súmula 21.10.10).

---

2 Em outro aresto, decidiu-se:
"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA NO ESTRANGEIRO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.COMPANHEIRA SEPARADA DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO. COMPANHEIROS DOMICILIADOS NO BRASIL. BENS SITUADOS NO BRASIL.
4. Existindo conflito de leis no espaço, para a determinação da legislação aplicável é necessário, antes, estabelecer-se a competência no âmbito internacional. É o elemento de conexão estabelecido pelo Estado competente que, em regra, indicará a legislação substancial aplicável.
5. **O ordenamento jurídico pátrio acolheu o domicílio como elemento de conexão principal**. Assim, nos conflitos de leis no espaço, deve prevalecer, em regra, a lei de domicílio da pessoa, nos termos do art. 7° da Lei de Introdução ao Código Civil.
6. A competência da jurisdição brasileira para conhecer do feito é determinada pelo art. 88, I, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o réu possui domicílio no Brasil - competência internacional cumulativa ou concorrente. Também a autora aqui está domiciliada.
Por seu lado, os bens objeto de partilha estão localizados no país - competência internacional exclusiva (CPC, art. 89). "
(REsp 973.553/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 08/09/2011).

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO DE SEPARAÇÃO C/C PEDIDO DE GUARDA E ALIMENTOS – CASAMENTO CELEBRADO NO EXTERIOR E DEVIDAMENTE REGISTRADO NO BRASIL. AUTORA DA AÇÃO RESIDENTE EM TERRITÓRIO NACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA – EXEGESE DO ARTIGO 7º E 12 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL E 94, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*
>
> *A teor do artigo 100, I, do Código de Processo Civil, é competente o foro do domicílio da mulher para dirimir as questões afetas à separação judicial. Ação, ademais, que cumula pedidos de guarda e alimentos. Regra Especial. Recurso conhecido e não provido".*
>
> (TJSC, AI 2007.059874-0, Blumenau, SC, 3a. Câmara Cível. Rel. Des. Victor Ferreira, julgamento 18.12.2008).

Esse último acórdão bem se amolda à espécie e deixa transparente a competência da justiça brasileira, em especial porque, no caso, o casamento foi **registrado** na forma do artigo 33 da Lei 6.015/75, aqui **produzindo efeitos** e, também por isto, fazendo emergir referida competência para o processo e julgamento da ação proposta pela autora, no foro de seu domicílio, agora em homenagem à regra de competência interna, contida no artigo 100, I, do CPC.

Insta salientar que não se aplica, ao contrário do que sustenta o agravante, o § 3º do referido art. 7º[3], eis que aplicável apenas às causas de *nulidade* – vício quanto à forma ou quanto à substância – do casamento, na hipótese de os nubentes não terem o mesmo domicílio, com regência pela lei do primeiro domicílio conjugal.

Conclui-se, portanto, nos moldes da decisão recorrida, que a competência para julgar a ação movida pela agravada é da Justiça Brasileira, ainda que o agravante possua residência e domicílio no exterior, porquanto o casamento entre as partes, celebrado em Portugal, foi registrado perante autoridade consular brasileira e, sobretudo, a autora, agora, reside em território nacional.

Superada essa questão, na órbita do Direito Processual Brasileiro, e já no âmbito da competência interna, o artigo 94, § 3º do Código de Processo Civil prevê o domicílio ***do autor*** como foro competente se o réu residir no exterior:

> *"Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.*
>
> *[...]*
>
> *§ 3.º Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. [...]. "*

Posto isso, estando a autora/agravada domiciliada no Brasil e o réu em Portugal, é de rigor que ação seja processada e julgada no foro do domicílio daquela, ou seja, na comarca de Ponta Porã/MS, de sorte que se deve negar provimento ao recurso.

Nesse exato contexto e sentido é, de igual forma, o bem lançado Parecer da E. Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do e. Procurador Dr. Sílvio Cesar Maluf, como precedente se demonstrou (fls. 161/162).

3 § 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.

II.

Outra questão suscitada pelo agravante é o pedido de suspensão do processo, no que diz respeito à guarda da criança, tendo em vista a pendência de processo administrativo para fins de seu repatriamento, pois, segundo sustenta, se encontra retida indevidamente pela genitora.

Melhor sorte não lhe assiste.

Conforme exposto pelo juízo a quo, há documentos nos autos demonstrando a autorização do agravante quanto à vinda da criança para o Brasil, que não se deu de forma ilegal.

A sua permanência no país, é outrossim, medida que se impõe, porquanto se encontra aqui instalada, sob os cuidados da mãe, ao que solução em contrário afrontaria os interesses da menor - os quais prevalecem sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

Conforme consignado pelo juízo de primeiro grau, o simples recebimento de pedido administrativo de repatriamento não impede a apreciação do pedido de guarda, mesmo porque não há qualquer pedido oficial de entrega da menor ao agravante.

Sob esse ponto, ainda, saliento que decidi monocraticamente anteriormente, no bojo deste recurso, sobre essa questão, em decisão que mantenho e submeto à apreciação do E. Colegiado, nos seguintes termos:

> *"Após a apresentação da contraminuta pela agravada e parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o agravante peticionou nos autos e informou que a Advocacia-Geral da União ingressou com ação de busca e apreensão da criança Beatriz Torres Negrier, perante o douto Juízo Federal da Comarca de Ponta Porã, Seção Judiciária deste Estado.*
>
> *Defende que há relação de conexão e prejudicialidade entre as duas demandas, em relação à guarda da menor, de modo que devem ser reunidas num só juízo.*
>
> *Sustenta, ainda, que o juízo de primeiro grau não está observando o efeito suspensivo conferido no recebimento deste agravo, eis que ordenou a expedição de mandado para fim de pagamento da pensão alimentícia ali estabelecida, sob pena de prisão.*
>
> *Nesses termos, o agravante requer que a ação de divórcio c/c guarda c/c regulamentação de visita c/c fixação de pensão alimentícia, ao menos, seja suspensa até o julgamento da ação de busca e apreensão na Justiça Federal.*
>
> *Requer, ainda, que se determine a observância do efeito suspensivo conferido ao agravo no tocante à execução do mandado para pagamento dos alimentos provisórios. "*
>
> ***II.***
>
> *"A ação proposta perante o juízo da comarca de Ponta Porã, pela agravada, foi de divórcio, cumulada com alimentos e guarda da filha menor do casal, além da regulamentação de visita.*
>
> *No presente agravo está sendo discutido a competência da Justiça Brasileira para o processo e julgamento da referida ação, tendo em vista que o casal convolou núpcias em Portugal, ali também tendo nascido a filha menor, a qual, posteriormente, passou a morar com sua mãe, em Ponta Porã, neste Estado, embora o agravante se refira ao fato de que há ilegalidade na manutenção da menor no Brasil, a qual deveria voltar a Portugal.*

Em face deste último fato é que a Advocacia Geral da União propôs ação de busca e apreensão da menor, para sua entrega ao pai e retorno a Portugal.

Verifica-se que quando a autora propôs a ação referida, fez cumulação de pedidos. E quando há cumulação de pretensões, reputa-se existir tantas ações cumuladas quantos forem os pedidos ali contidos, o que se dá por força do artigo 292 do CPC, regra que visa a economia do processo.

Assim, na realidade, temos no caso uma ação de divórcio, que é cumulada com uma ação de alimentos e outra de guarda de filho, além da regulamentação da visita.

O objeto do presente agravo, na realidade, é definir a competência da Justiça Brasileira para processar e julgar ação de divórcio litigioso, tendo o casamento sido celebrado no exterior e lá residindo um dos cônjuges. Evidente que, decorrente também do pedido de divórcio, surgem os deveres correlatos, relativos à guarda da filha, regulamentação de visitas e direito aos alimentos.

TODAVIA, muito embora o processo deva – e deve – estar suspenso em razão da oposição da exceção de incompetência, essa regra não pode prevalecer na questão relativa à prestação de alimentos, por ser necessidade básica e essencial para a sobrevivência da menor, da qual não pode o pai se furtar, ainda que esteja discutindo a competência para o processo e julgamento das demais pretensões cumuladas.

A suspensão do processo, assim, deve atingir as demais ações cumuladas, não, todavia, a relativa à prestação alimentícia, que é nuclear e diz respeito ao direito inalienável e impostergável da menor de receber, tempestivamente, os alimentos do qual necessita, para sobreviver.

A definição quanto à imposição do pagamento dos alimentos se insere, a meu modo de ver, dentre aquelas circunstâncias que estabelecem que mesmo sendo o caso de suspensão do processo – pelo ajuizamento da exceção de incompetência – deve-se proteger e tutelas as situações de emergência, tal como ocorre na espécie, o que se afere, aliás, pela dicção do artigo 265, III, c/c o artigo 266, ambos do CPC, este último estabelecendo, textualmente, que "durante a suspensão é defeso praticar qualquer ato processual; ***poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável".***

A concessão dos alimentos de que a menor necessita se insere, a meu modo de ver, exatamente, na parte final do artigo 266 do CPC. Por isto que, excepcionalmente, é possível a fixação da verba alimentar e ordem para seu pagamento, pena de causar dano irreparável à menor, independemente da suspensão do processo de que trata o artigo 265, III, excepcionada a regra pelo primeiro dispositivo, ***in fine****.*

Assim, na questão da fixação dos alimentos provisórios, que é um bem indisponível e que não pode ficar postergado em razão da oposição da exceção de incompetência do Juízo, o efeito suspensivo não o alcança, reafirmando o entendimento de que o perigo de dano é inverso, em desfavor da menor, destinatária da pensão."

III.

"*Posto isso, afasto o pedido de concessão de efeito suspensivo com relação ao pagamento da pensão fixada."*

Estou, aqui, mantendo esse pensamento.

Quanto ao argumento de que na hipótese haveriam de ser aplicados os § 3º e § 4º do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõem, respectivamente, que (a) "§ 3º Tendo *os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal"* e (b) "§ 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal", mais uma vez o agravante não tem razão. Primeiro, pelo que foi antes afirmado especificamente em relação ao parágrafo terceiro do dispositivo.

Em segundo lugar, também porque a incidência do artigo 7º, § 1º, exclui a aplicação dos demais dispositivos e, sabidamente, **tem precedência** sobre os dois outros, contidos em parágrafos inferiores.

Os termos de um parágrafo se aplicam aos dispositivos que o precedem, mas não aos que o sucedem. Essa é uma das formas de exegese da lei, para não criar conflito.

Não fosse isso, deve-se aplicar a lição de **MARIA HELENA DINIZ**[4] que, ao tratar do *conflito de normas*, nos ensina:

> *"[...] Se não for possível a remoção do conflito normativo, ante a impossibilidade de se verificar qual é a norma mais forte, surgirá a lacuna de colisão ou de conflito, que será solucionada por meio dos princípios gerais do preenchimento de lacunas.*
>
> *É preciso não olvidar que, havendo antinomia, ou mesmo lacuna de conflito, em casos excepcionais, o valor* ***Justum d****everá lograr entre duas normas incompatíveis, devendo-se seguir* ***a mais justa*** *ou a* ***mais favorável****, procurando salvaguardar a ordem pública ou social".*

O valor *Justum*, portanto, recomenda a aplicação da legislação que fixa a competência internacional da Justiça Brasileira para o processo e julgamento da ação proposta pela autora, no foro de seu domicílio, que prevalece em relação a qualquer outro. Assim, não é o fato de que o primeiro domicílio conjugal do casal foi em Portugal, que haverá de ser a lei desse país que deve reger o caso.

Ainda que assim não fosse, para arremate sobre essa questão, colhe-se da doutrina de MARIA HELENA DINIZ[5], mais uma vez, que:

> *"Todavia, no que diz respeito à capacidade matrimonial e aos direitos de família, estes determinar-se-ão pela lei pessoal dos nubentes, ou seja, pela leu do seu domicílio (Código Bustamante, art. 36). Após o casamento,* ***os efeitos e as limitações pessoais a ele relativos submeter-se-ão à lei domiciliar."*** **(Código Bustamante, arts. 43 a 46).**

E a lei *domiciliar*, como se explanou, é a da mulher, domiciliada no Brasil e, na realidade, inclusive, a parte mais fraca na relação jurídica debatida em face de seu marido, réu na ação por ela proposta em território Brasileiro, outro fator a determinar que o valor *justum* faça preponderar a competência da Justiça Brasileira.

IV.

No que se refere à aplicação do **artigo 16 da Convenção de Haia**, segundo o qual vedado às autoridades do país decidirem sobre o mérito do direito de guarda após terem sido informadas da transferência ou retenção ilícita de uma criança – tal como ocorre no caso em comento, segundo aduz o agravante, melhor sorte não lhe assiste.

4 Cfe. MARIA HELENA DINIZ, *Conflito de Normas*, Editora Saraiva, l987, p. 44..

5 Autora cit., Lei de Introdução ao Código Civil Brasileira Interpretada, Editora Saraiva, 2004, p. 235.

Referida convenção trata dos aspectos civis do sequestro internacional de crianças. assinado em Haia em 25.10.1980 e entrou em vigor no Brasil em 1º de Janeiro de 2000 através do Decreto 3413, de 14.04.2000.

Em comentários à referida Convenção destaca-se:

> *"Embora o Brasil tenha adotado a tradução da Convenção da Haia de 1980 para "sequestro internacional de crianças", não se trata precisamente do sequestro tal como o conhecemos no Direito Penal. Trata-se, isto sim, de (a) um deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou (b) a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. Nos países de língua inglesa utilizou-se o termo "abduction", que significa o traslado ilícito de uma pessoa (no caso, uma criança) para outro país mediante o uso de força ou fraude.*
>
> *A versão francesa da Convenção adota o termo "enlèvement", que significa retirada, remoção. Em Portugal o termo foi traduzido para "rapto", o que tem cabimento na legislação portuguesa, mas não na brasileira, onde o significado é também diverso.*
>
> ***No Brasil,** curiosamente, optou-se pela utilização do termo "sequestro" o que, por não corresponder ao tipo previsto em nossa legislação civil ou penal, tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e mesmo um pouco de incompreensão no plano interno.*
>
> ***A utilização do termo "sequestro" tem causado repulsa** até mesmo entre os pais que o cometem, por estar ligado à subtração de pessoas com o objetivo de obter dinheiro ou vantagem financeira, o que não é o caso. Um ajuste na tradução do texto original da Convenção para o português seria bem recebido, para aplacar muitas dúvidas e mal-entendidos.*
>
> *Em geral, esse "sequestro" é perpetrado por um dos pais ou parentes próximos e revela um estado de beligerância entre os cônjuges ou seus familiares na disputa pela custódia da criança. A atitude do "seqüestrador" consiste em tirar o menor do seu ambiente e levá-lo para outro País, onde acredita poder obter uma situação de fato ou de direito que atenda melhor aos seus interesses.*
>
> *[...] O compromisso assumido pelos Estados-partes, nesse tratado multilateral, foi estabelecer um regime internacional de cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com o objetivo de localizar a criança, avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, se for o caso, ao seu país de origem. Busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor.* [6]
>
> *O artigo 16 da referida Convenção dispõe:*
>
> *"O Artigo 16 - Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção. "*

É prematuro querer se aplicar a literalidade do referido dispositivo à espécie dos autos.

6 Cfe. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf.

Primeiro, porque não se sabe, efetivamente, se a criança foi levada ou retirada de Portugal, pela mãe, contra sua vontade, pelo que não se há que falar, neste momento, em transferência ilícita da menor, filha do casal, mantida no domicílio da mãe. Apenas um estudo social poderá revelar as condições em que a filha se encontra no ambiente em que vive com a mãe, presentemente.

Segundo, porque está em curso, como o autor afirma, um processo de repatriamento, que tramita perante a Justiça Federal, a quem incumbirá definir se houve, mesmo, transferência ilícita da menor, para, então, determinar sua devolução ao pai, residente em Portugal, se for este o entendimento ali a prevalecer, segundo o convencimento motivado do e. Magistrado federal que preside a pretensão deduzida pelo pai, aqui agravante.

Esses aspectos refogem da competência da Justiça Estadual para definir pela aplicabilidade, ou não, do artigo 16 da Convenção de Haia, o qual é totalmente impertinente para fins de definição da competência da Justiça Comum Brasileira para o processo e julgamento da ação de divórcio, cumulada com afixação de alimentos.

No que se refere à pretensão cumulada de guarda da menor e regulamentação do direito de visita, até que a questão seja solucionada e dirimida perante a Justiça Federal, no pedido de repatriamento feito pelo pai, a guarda - posto que provisória - deve ser mantida com a mãe, com quem a menor se encontra – e não transparece dos autos que seja contra sua vontade – atendendo-se, assim, ao princípio do melhor interesse da menor, o qual prevalece, até decisão em contrário que eventualmente venha a ser definida pela Justiça Federal, na apreciação do pedido de repatriamento apresentado pelo agravante.

De mais a mais, não se está decidindo, na espécie, **sobre o mérito do pedido de guarda, senão que sua guarda provisória**, a ser mantida com a mãe, e nesse aspecto o juiz de primeiro grau certamente nada decidirá **quanto à definitividade da guarda**, até julgamento do pedido de repatriamento formulado pelo agravante perante a Justiça Federal.

Em comentários ao mesmo dispositivo (artigo 16 da Convenção de Haia), constata-se o pensamento dominante sobre a matéria, com o seguinte teor:

> *"[...] No caso de disputa sobre direito de guarda vigora o critério da* ***competência concorrente da Justiça brasileira.***
>
> ***Desse modo, permite-se ao genitor ou a qualquer pessoa que se encontre na posse da criança, que ingresse com ação na Justiça brasileira, pedindo seja-lhe deferido o direito de guarda sobre ela, ainda que haja ação em curso perante outro tribunal estrangeiro.***
>
> *Valerá, como já dito acima, a decisão que primeiro alcançar a coisa julgada sendo que, no caso de sentença estrangeira, deverá ser ela ainda objeto de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, para ter validade interna.*
>
> *Qual resposta poder-se-ia então aplicar para solucionar o problema do cumprimento da Convenção, diante de duas jurisdições que se sobrepõem no ordenamento jurídico brasileiro?*
>
> *Deverá o juiz federal sempre indeferir o pleito de busca e apreensão de menor, com base na Convenção, quando tiver sido ajuizada ação de guarda no juízo estadual?*
>
> *A situação passa a ser satisfatoriamente resolvida com a argüição da questão prejudicial externa, que vem fixada no art. 265, IV, a, do CPC:*

"Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

[...]

§ 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do no IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

Art. 266. Durante a suspensão é defeso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável."

A chamada "prejudicialidade externa" prevista na alínea ***a*** *do n. IV do art. 265 do CPC, condicionante da decisão de mérito, há de referir-se a processo em curso em jurisdição diversa.*

Por esse motivo, sendo absoluta a competência da Justiça Federal e de ordem pública a matéria tratada na ação que nela tem curso (tratado internacional), ***poderá o juiz federal solicitar ao juiz estadual onde tramita a ação de guarda que suspenda o processo,*** *em virtude da prejudicial do art. 265, IV,* ***a****, do CPC.*

Isso porque a questão relativa ao retorno da criança terá conseqüências imediatas sobre o cumprimento da decisão relativa à guarda.

TRATADO INTERNACIONAL - LEI ORDINÁRIA - HIERARQUIA. O TRATADO INTERNACIONAL SITUA-SE FORMALMENTE NO MESMO NÍVEL HIERARQUICO DA LEI, A ELA SE EQUIPARANDO. A PREVALÊNCIA DE UM OU OUTRO REGULA-SE PELA SUCESSÃO NO TEMPO." (REsp. 74.376/RJ, Rel. MIN. EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.10.1995, DJ 27.11.1995 p. 40.887).

"Não se pode concordar, portanto, com a interpretação de que a questão relativa à guarda possa ser apreciada e decidida pela Justiça Federal, nos termos do art. 109 da CF, por implicar questão objeto de convenção internacional.

A uma, porque não é objetivo da Convenção, como já várias vezes assinalado, discutir o direito de guarda, de modo que o Juiz Federal somente poderá, por via reflexa ou indireta, analisar a guarda como elemento de convicção para o deferimento ou indeferimento do pedido de retorno;

A duas, porque a competência por conexão ***é relativa,*** *nada obrigando ao juiz que determine a reunião dos processos (art. 105, CPC);*

A três, porque já se decidiu que a competência da Justiça Federal é absoluta e improrrogável por conexão:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA, AQUELA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL, ESTA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. AVOCAÇÃO, PELO JUIZ FEDERAL, DA AÇÃO DE EXECUÇÃO, POR ENTENDER OCORRENTE CONEXÃO ENTRE AS DEMANDAS. RECUSA DO JUIZ ESTADUAL, QUE SUSCITA O CONFLITO. A CONEXÃO NÃO IMPLICA NA

REUNIÃO DE PROCESSOS, QUANDO NÃO SE TRATAR DE COMPETÊNCIA RELATIVA - ART. 102 DO CPC. A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL, FIXADA NA CONSTITUIÇÃO, É IMPRORROGÁVEL POR CONEXÃO, NÃO PODENDO ABRANGER CAUSA EM QUE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL NÃO FOR PARTE. "

(CC 832/MS, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26.09.1990, DJ 29.10.1990 p. 12.119).

Ademais, também já decidiu o STJ que o Direito brasileiro não elegeu a conexão como elemento de fixação de competência internacional:

"COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - CAUSAS CONEXAS.A COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA FIRMA-SE QUANDO VERIFICADA ALGUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTIGOS 88 E 89 DO C.P.C. O DIREITO BRASILEIRO NÃO ELEGEU A CONEXÃO COMO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL QUE NÃO SE PRORROGARA, POR CONSEGUINTE, EM FUNÇÃO DELA. "

(REsp 2170/SP, Rel. MIN. EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.08.1990, DJ 03.09.1990 p. 8.842).

"Importante notar que, havendo conexão entre uma ação de restituição e uma ação de guarda, o juízo competente, por conexão, será a Justiça Federal, que ***deverá apreciar o pedido de restituição****."*

Nesse sentido foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao analisar o Conflito de Competência n. 64.012-TO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, conforme ementa que segue:

*"Conflito positivo de competência****.*** *Justiça Federal. Justiça Estadual. Guarda de menor.*

1. O ***conflito*** *positivo de* ***ompetência*** *está caracterizado em razão da existência de duas demandas, que tratam da guarda da menor, configurada a conexão prevista no artigo 103 do Código de Processo Civil. De rigor, portanto, a reunião dos feitos (artigo 105 do Código de Processo Civil). A presença da União Federal como autora de uma das ações impõe a* ***competência*** *da Justiça Federal para o julgamento das demandas, tendo em vista a exclusividade do foro, prevista no artigo 109, I, da Constituição Federal.*

2. ***Conflito*** *conhecido e declarada a* ***competência*** *do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins para o julgamento das ações.*

Isso implica que o juiz federal apreciará o pedido de restituição e esse pedido *é uma espécie de preliminar de prejudicialidade a qualquer outro pedido de guarda, pelo que os processos que estiverem tramitando em varas diversas deverão ser reunidos, a fim de evitar decisões contraditórias."*

Como se viu da jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, acima transcrita, *"não é objetivo da Convenção, como já várias vezes assinalado, discutir o direito de guarda, de modo que o Juiz Federal somente poderá, por via reflexa ou indireta, analisar a guarda como elemento de convicção para o deferimento ou indeferimento do pedido de retorno".*

Por isto, então, que se suspende o processo, e não se extingue a pretensão deduzida pela autora. O Juiz Federal não deliberará sobre a guarda e regulamentação do direito de visita, da competência da Justiça Estadual, mas a tomará apenas por ivia reflexa para analisar a guarda como mais um dos elementos de convicção para o deferimento ou indeferimento do pedido de repatriamento.

Quando muito, então, do pedido de restituição, que se processa perante o Juízo Federal, surge uma questão prejudicial externa (artigo 265, IV, "a", do CPC), que implica em impedimento, por ora, para a decisão de mérito sobre a guarda da criança. Não, contudo, para deliberar provisoriamente sobre referida guarda, mantida, no caso, com a mãe, como já ocorrido.

Essa questão da guarda, assim, não poderá ser definida pela Justiça Estadual, em caráter definitivo, até que a Justiça Federal se pronuncie sobre o pedido de repatriamento da menor, eis que ali não se decidirá sobre a guarda, mas sobre o repatriamento, exclusivamente. Mas decidido o pedido, se for pela improcedência, a pretensão aqui deduzida volta a ter curso normal.

Dai a validade e eficácia do que já se decidiu até aqui pela Justiça Estadual. Segue-se, apenas, que o processo não poderá prosseguir no que se refere ao pedido de guarda da criança e de definição sobre o direito de visitação, antes que o pedido de repatriamento seja decidido pela Justiça Federal.

Assim, até lá, posto que provisoriamente, prevalecerá o que já está decidido pela Justiça Estadual, em atenção ao princípio da preservação e proteção do melhor interesse da criança, situação não vedada pelo artigo 16 da Convenção de Haia.

Reforça esse entendimento o texto do artigo 13", b", da mesma Convenção, que assim estabelece:

> *"Artigo 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:*
>
> *a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou*
>
> *b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. "*

Até que essa questão seja, então, solucionada no pedido de repatriamento, da competência da Justiça Federal, mantém-se a decisão que deferiu a guarda da menor à mãe agravada, preservando-se o interesse superior da criança, suspendendo-se o processo (artigo 265-IV, "a", do CPC), em relação ao mesmo pedido (guarda e regulamentação do direito de visita), até decisão final a ser exarada naquele mesmo pedido.

Com efeito, se se repatriar a menor, fica prejudicado o pedido de guarda formulado pela mãe, porque aí passará ela a ser, automaticamente, do pai, regulamentando-se na Justiça comum apenas o pedido subsidiário, de regulamentação de visita, a ser feita, então, e nesse caso, pela mãe. Ficará prejudicado, também, pelo mesmo fato, o pedido de fixação de alimentos para a criança, porque o pai, mantendo a menor consigo, já prestará os alimentos necessários.

NÃO CABE, todavia, o pedido de extinção do processo, como formulado pelo agravante, mas uma consequência menor, a saber, o da suspensão do processo em relação ao pedido de guarda e regulamentação de visita (quanto ao mérito), em razão do artigo 265, IV, "a", do CPC (prejudicialidade externa verificada pelo ajuizamento do pedido de repatriamento da filha do casal), mantidos os efeitos da decisão que deliberou

sobre a guarda provisória da menor com a mãe, bem assim como a de fixação dos alimentos, enquanto estiver ela consigo.

Daí que o presente agravo deve ser apenas em parte provido.

V.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para o fim de:

(a) manter a competência da justiça brasileira para o processo e julgamento da ação de divórcio cumulada com alimentos em favor da autora e de sua filha, em curso em primeiro grau, neste ponto em parte com o parecer;

(b) ordenar a suspensão do curso da ação no que se refere ao pedido de guarda da menor e regulamentação do direito de visita;

(c) manter, todavia, os efeitos da decisão que conferiu a guarda provisória da filha do casal com a mãe, até julgamento do pedido de repatriamento formulado perante o douto Juízo Federal da Seção Judiciária da Comarca de Ponta Porã, neste Estado, o que faço com fundamento no artigo 13, "b" e 16 da Convenção de Haia e artigo 265, IV, "a", do CPC, devendo essa decisão ser comunicada àquele honrado Juízo e

(d) manter a decisão que fixou alimentos provisórios em favor da filha do casal, até julgamento final do pedido de repatriamento formulado pelo agravante perante a Justiça Federal.

Cientifique-se o douto juízo da causa, em primeiro grau de jurisdição.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000317-69.2011.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – ALIENAÇÃO DE BENS APREENDIDOS POR CRIME RELACIONADOS À ENTORPECENTES – VENDA CAUTELAR – POSSIBILIDADE ANTES DE DECRETADO O PERDIMENTO DO BEM PARA A UNIÃO – PORTARIA TJ/MS N. 369/2006 – RECURSO NÃO PROVIDO.

É possível a alienação cautelar de bem apreendido por crime relacionado à entorpecentes, desde que não haja sentença na qual foi decretado o perdimento do bem para a União, nos termos da Portaria n. 369/2006 do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, nos autos da ação de alienação judicial, que extinguiu o processo, por falta de interesse processual.

Em síntese, alega que:

1 - a decisão objurgada, embora encerre o procedimento, não soluciona a destinação do veículo apreendido (em razão de crime de tráfico), que se encontra em local inadequado e se deteriorando.

2 - que a insubsistência da decisão objurgada é necessária, para que se dê continuidade aos atos de alienação judicial do veículo em questão, destinando-se o produto arrecadado ao SENAD ou ao Conselho Estadual Antidrogas.

3 - que não verifica, na hipótese, a falta de interesse do Ministério Público Estadual, já que há precedentes nesta Justiça Estadual, sobre a questão tratada nestes autos.

Pugna pelo provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, nos autos da ação de alienação judicial, que extinguiu o processo por falta de interesse processual.

Para a análise do presente recurso, cabe um breve retrospecto dos fatos constantes dos autos.

O representante do Ministério Público Estadual ingressou com pedido de alienação judicial do veículo VW/Quantum, placas CYR -6711, de São Paulo/SP, apreendido nos autos de ação penal n. 012.09.001252-8, em razão de crime previsto na Lei 11.343/2006.

A mencionada ação penal já se encontra com sentença condenatória transitada em julgado, na qual foi decretada a perda dos bens apreendidos, dentre os quais o veículo suso mencionado.

Foi determinado pelo Juízo de primeiro grau, no pedido de alienação judicial, a intimação da União e a cientificação da SENAD, bem como das pessoas interessadas e a respectiva avaliação do bem em questão.

Quando o procedimento se encontrava em trâmite, houve sentença de extinção do feito por falta de interesse processual, determinando-se as providências contidas no § 4º do art. 63 da Lei n. 11.343/2006.

O apelante, inconformado com a mencionada decisão, interpôs o presente recurso, afirmando a alienação judicial do veículo apreendido é medida necessária, porque o veículo se encontra nas imediações da Delegacia de Polícia local, em local inadequado, sujeito a deterioração, à consequente desvalorização e a ação de vândalos.

Afirma que a pretensão do Órgão Ministerial não se limitou à mera transferência do bem aos cuidados da SENAD, mas a dar uma solução ao caso e destinação econômica ao veículo, podendo o produto da venda ser destinado à SENAD ou ao Conselho.

Afirma que embora a ação penal respectiva já se encontre com sentença transitada em julgado, em que foi decretado o perdimento do referido bem para a União, não há como aguardar as providências a serem adotadas pela SENAD, devendo ser adotadas medidas para resolução do problema, conforme já tem sido feito em outras comarcas do Estado, com a alienação judicial dos veículos apreendidos.

Feito o breve retrospecto, passo a análise do recurso.

Observa-se que, neste caso, a ação penal já se encontra sentenciada e houve a decretação do perdimento do bem para a União.

Dito isso, embora se reconheça a louvável intenção do representante do Órgão Ministerial, não há como acolher o seu pleito em razão dos dispositivos legais vigentes, que regem a matéria.

Este Tribunal de Justiça expediu a Portaria n. 369, de 16 de outubro de 2006, na qual resta expressamente consignado:

> *"O JUIZ DIRETOR DO FORO DA COMARCA DE CAMPO GRANDE, ESTADO DE MATO GROSSO SUL, no uso de suas atribuições legais e na forma da Lei. etc...*
>
> *CONSIDERANDO o Ofício n. 06.299/SENAD/SEJUSP/GPDC/MS, expedido pelo Presidente da Comissão Especial de Licitações, Dr. Vladimir Abreu da Silva, onde informa*

que é competência do Juízo da Direção do Foro de Campo Grande-MS a alienação dos veículos que não tiveram a perda decretada em favor da União;

CONSIDERANDO o Ofício-Circular n. 2006/035 expedido pelo Corregedor-Geral de Justiça, Des. Hildebrando Coelho Neto, onde consta a determinação de alienação em hasta pública dos veículos apreendidos em procedimentos não relacionados à Lei 6.368/76, desde que decorridos mais de noventa dias do trânsito em julgado e não existir pedido de devolução formulado pelo respectivo proprietário, devendo o valor ser depositado em favor do FUNJEC;

CONSIDERANDO, que o Ofício em apreço determina que os automóveis cujo procedimento esteja em curso também podem ser alienados em hasta pública, com aplicação analógica do Art. 120, § 5º do Código de Processo Penal, em razão de inexistir espaço físico para guardá-los, ressaltando o perigo de deterioração pelo desuso e intempérie, devendo o valor arrecadado ser depositado na Conta Única, à disposição do Diretor do Foro, com a finalidade de possibilitar a restituição do valor ao seu proprietário;

CONSIDERANDO, inclusive, a determinação de que referidos veículos devem ser submetidos à perícia para apurar se existe adulteração do seqüencial identificador, caso em que serão alienados como sucata após o recorte do chassi, constando no edital de leilão que o arrematante não terá direito à documentação para circular, prestando-se apenas para reutilização de peças, nos termos do Art. 264 das Normas da Corregedoria-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul;

CONSIDERANDO, ainda, a determinação contida no Ofício em comento no sentido de que os demais bens apreendidos, que não interessem mais ao processo e não reclamados por quem de direito em um ano da instauração do procedimento criminal, deverão ser alienados em hasta pública e, caso não haja valor comercial incinerados;

CONSIDERANDO, finalmente, o Parecer n. 131/2006, emitido pelo Juiz Auxiliar da Corregedoria e homologado pelo Corregedor-Geral de Justiça nos autos da Consulta n. 012.0026/2006, formulada por este Juízo Diretor do Foro da Comarca de Campo Grande, onde consta a ressalva de que mesmo os bens apreendidos em decorrência de utilização ilegal de entorpecentes podem ser alienados pela Direção do Foro, no prazo reduzido para seis meses, nas seguintes hipóteses:

a) não havendo instauração de ação penal como, por exemplo, em caso de arquivamento de inquérito policial por desconhecimento de autoria;

*b) **a sentença penal, já transitada em julgado, não dispôs sobre a perda do bem em favor da União;***

c) a sentença penal determinou a restituição do bem, porém o interessado não o reclamou no prazo de noventa dias, contados do trânsito em julgado (art. 123 do CPP);

d) impossibilidade de identificação do bem em decorrência do estado de deterioração;

e) impossibilidade de identificação ou localização física do procedimento criminal. "

Do mesmo modo, dispõe o art. 63 da Lei 11.343/2006:

"Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

> *§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.*
>
> *§ 2º* ***Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.***
>
> *§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.*
>
> *§ 4º* ***Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente."***

Cabe ressaltar, que os precedentes citados pelo apelante, em que houve alienação de bens apreendidos em razão da prática de crime relativos a entorpecentes (f. 62), foi observada a Portaria do Tribunal de Justiça, acima mencionada, ou seja, ainda não havia sido decretado o perdimento do bem para a União.

Assim, não há respaldo legal para o acolhimento da pretensão do apelante.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão objurgada, nos seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000703-02.2011.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – NATUREZA ADMINISTRATIVA – FGTS – NÃO DEVIDO – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A suspensão do processo até definitivo julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal deve se dar por ocasião de possível ajuizamento de recurso especial ou extraordinário ou ante regulamentação da Vice-Presidência do Tribunal.

2. A contratação temporária está regulamentada pela Lei Complementar Estadual n. 87/2000, o qual se encontra embasado no art. 37, IX, da CF, e possui regime jurídico estatutário, inexistindo previsão para o pagamento do FGTS.

3. Sendo as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, torna desnecessária a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento.

4. O precedente do RE 596.478 do Supremo Tribunal Federal somente é aplicável nos casos em que o poder público contrata sob o regime celetista.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

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 Antônia Luciana Gerônimo da Silva Reberte e Outros contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Ivinhema, que julgou improcedentes os pedidos, nos autos da Reclamação Trabalhista, proposta em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alegam as apelantes, em síntese, que:

I – os argumentos trazidos pelo julgador afrontam nova vertente instruída no julgamento do RE 596.478 em 13.6.2012, onde, por maioria, foi reconhecido o direito aos depósitos do FGTS aos trabalhadores

que tiveram o contrato de trabalho co, a administração pública declarando nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público.

II – a Lei 87/2000 é contrária ao disposto no art. 37, IX da CF, uma vez que esta condiciona a contratação por tempo determinado à necessidade temporária de excepcional interesse público e o regime jurídico adotado.

III – prequestiona o art. 37, inciso IX da Constituição Federal; art. 19-A da Lei n. 8.036/90; arts. 186, 884, 885, 927 e 944 do Código Civil; Lei Complementar n. 87/2000.

Em contrarrazões o apelado propugna pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário interposto por Antônia Luciana Gerônimo da Silva Reberte e Outros contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Ivinhema, que julgou improcedentes os pedidos, nos autos da Reclamação Trabalhista, proposta em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alegam as Apelantes, em síntese, que:

I – os argumentos trazidos pelo julgador afrontam nova vertente instruída no julgamento do RE 596.478 em 13.6.2012, onde, por maioria, foi reconhecido o direito aos depósitos do FGTS aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho co, a administração pública declarando nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público.

II – a Lei 87/2000 é contrária ao disposto no art. 37, IX da CF, uma vez que esta condiciona a contratação por tempo determinado à necessidade temporária de excepcional interesse público e o regime jurídico adotado.

III – prequestiona o art. 37, inciso IX da Constituição Federal; art. 19-A da Lei n. 8.036/90; arts. 186, 884, 885, 927 e 944 do Código Civil; Lei Complementar n. 87/2000.

Em contrarrazões o apelado propugna pelo improvimento do recurso.

Decido.

Verifica-se dos autos que as apelantes ajuizaram a presente ação buscando o recebimento do fundo de garantia por tempo de serviço - FGTS - decorrente da contratação em caráter temporário para exercer a função de docente.

A relação jurídica estabelecida entre as partes é de nítida natureza administrativa, sendo que a contratação para a prestação dos serviços não foi precedida de regular concurso público, bem como as recorrentes tinham plena ciência de que o vínculo estabelecido com o ente público era precário.

A prorrogação do vínculo jurídico entre as partes e o seu encerramento não implica a ocorrência de relação de emprego a justificar a incidência da CLT ao tempo da rescisão do contrato.

A prestação de serviços ao ente público, ainda que de forma irregular, presume que a relação jurídica entre ambos estabelecida é nitidamente administrativa e somente assumirá cunho trabalhista quando houver legislação expressa a discipliná-la.

A contratação temporária está regulamentada pela Lei Complementar Estadual n. 87/2000 – Estatuto dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual se encontra embasado no art. 37, IX, da CF.

Com relação ao regime jurídico adotado nesses casos, não é o celetista, mas o estatutário ou o jurídico-administrativo. Isso porque não existe vínculo trabalhista entre o servidor público e o ente da federação (União, Estado ou Município).

Ao referido regime jurídico, estabelecido aos servidores temporários, não se aplicam os direitos constitucionais estabelecidos no art. 7º da Constituição Federal e sim aqueles especificamente atribuídos aos servidores públicos, descritos também na Constituição, além dos garantidos em legislação própria do ente contratante.

Dessa forma, verifica-se que neste caso não há a previsão para o pagamento do FGTS na Constituição e nem na legislação estadual específica, por isso o pedido das autoras-recorrentes deve ser julgado improcedente, consoante sentenciou o juiz de primeira instância.

A propósito, sobre a matéria este Sodalício já decidiu, *in verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – PROFESSORES CONVOCADOS A TÍTULO PRECÁRIO – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE FGTS – DESVIRTUAMENTO DA CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NA CONVOCAÇÃO – PREVALÊNCIA DO REGIME JURÍDICO/ADMINISTRATIVO – FALTA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO AO DEPÓSITO DO FGTS – REPERCUSSÃO GERAL – ART. 543-B DO CPC – NEGADO PROVIMENTO.*
>
> *I – "Os direitos do servidor público estadual contratado em regime temporário são apenas aqueles expressamente previstos no contrato ou na legislação estadual que trata da matéria, cuja inconstitucionalidade não se vislumbra haja vista o disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal, não sendo aplicáveis as normas contidas na CLT – Consolidação das Normas Trabalhistas."* (TJ-MS – Apelação Cível n. 2010.038593-0).
>
> *II – Impossível aplicar ao caso em tela as disposições da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça comum Estadual para julgar causas semelhantes, sob o fundamento de que a relação existente entre os autores/apelantes e o Poder Público é, ao menos, um vínculo jurídico-administrativo.*
>
> *III – As disposições do Art. 19-A, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, não se aplicam ao caso concreto, tendo em vista que não há falar em investidura em cargo público, sobretudo porque os autores/apelantes foram convocados a título precário, ou seja, não foram nomeados e nunca tomaram posse em cargo ou emprego público, razão pela qual não é possível o pagamento do FGTS como requerido na inicial.*
>
> *IV – A regra do artigo 543-B do Código de Processo Civil não enseja o sobrestamento da presente ação, mas tão-somente do eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais."* (TJMS. AC n. 2011.026146-8. – 4ª Turma Cível – Rel. Des. Josué de Oliveira. Julgamento: 13/09/2011).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA A JUSTIÇA COMUM – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – REJEITADA – MÉRITO – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO FGTS – SUCESSIVOS CONTRATOS DE TRABALHO CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL – CONTRATO TEMPORÁRIO – REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – VERBA INDEVIDA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EXORDIAL – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.*
>
> *Não há falar em afronta ao artigo 284 do CPC se não foi constatado defeito ou irregularidade que pudesse colocar em risco a higidez do desenvolvimento do processo, de modo que nada há de ser complementado ou sanado através de emenda à petição inicial, medida que, se tomada, revelaria-se inútil ao válido andamento do feito. Preliminar rejeitada.*
>
> *Não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e Poder Público, seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa, em consequência do que não fazem jus os servidores aos valores de FGTS, porquanto tal direito não foi previsto no artigo 39, §3º, da CF/88, tampouco na Lei Estadual que rege o contrato temporário a que estão submetidos.*
>
> *Sendo jurídico-administrativa a relação existente entre os apelantes e o Estado apelado, não há falar em direito à percepção de FGTS, o que leva à improcedência do pedido contido na inicial.*
>
> *Recurso improvido.*
>
> *Sentença mantida."* (Apelação Cível n. 2009.025450-7, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgamento em 13.10.2009).

Também são improcedentes as demais alegações tecidas pelas apelantes, pois a Lei Complementar 87/2000 possui todos os requisitos legais e constitucionais necessários para sua aplicabilidade e eficácia, não padecendo de nenhuma inconstitucionalidade, e também não há falar em enriquecimento sem causa do Estado, pois as contribuições descontadas têm natureza jurídica tributária e servem para o custeio da seguridade social e abastecimento dos cofres públicos.

Assim, às apelantes não se aplica o previsto no art. 19-A da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e dá outras providências, ou os direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal, e, não havendo tal previsão, evidentemente, não lhes assiste o direito à percepção da parcela correspondente ao FGTS, que é verba eminentemente de natureza celetista.

Quanto ao julgamento do RE 596.478 do Supremo Tribunal Federal, não se aplica, *in casu*, pois trata-se de uma ação de natureza trabalhista ajuizada contra o Estado de Roraima, com consequente contratação dentro das normas celetistas, e portanto, conclui-se que supramencionado precedente somente é aplicável nos casos em que o poder público contrata sob o regime celetista quando então, independentemente da regularidade formal da contratação deve indenizar o servidor quanto as verbas trabalhistas em razão de não ser possível aplicar a regra relativa aos efeitos da retroatividade da nulidade prevista no direito privado à esfera laboral.

Prequestionamento.

Por fim, para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente, seja pelo exame dos respectivos

conteúdos, não se fazendo necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as questões devolvidas a esta Corte foram analisadas de forma suficiente, sendo apontada solução fundamentada para a controvérsia, prescindindo de exame expresso de cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Ainda, fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário.

Ex positis, **nego provimento** ao recurso de apelação cível interposto por Antônia Luciana Gerônimo da Silva Reberte e outros.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0010804-65.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – RADIOTERAPIA – HOSPITAL CONVENIADO NO MUNICÍPIO DE RESIDÊNCIA DO ENFERMO – TRATAMENTO NÃO CREDENCIADO – OBRIGAÇÃO DO PLANO DE RESSARCIR O SEGURADO DOS VALORES DESPENDIDOS - RESTITUIÇÃO IcNTEGRAL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Não é hábil para afastar o dever da apelante de fornecer o tratamento de radioterapia ao apelado no local de seu domicílio o fato do hospital credenciado no Município da residência do enfermo estar em situação irregular com a vigilância sanitária. Diante da impossibilidade do credenciado se deslocar até a Capital do Estado para tratamento, tendo em vista sua idade avançada e as limitações impostas pela doença e respectivo tratamento, impõe-se ao plano de saúde o dever de indenizar os valores pagos.

O valor despendido no procedimento de radioterapia do beneficiário da apelada deverá ser reembolsado integralmente, já que o art. 12, VI da Lei 9656/98, que regulamenta os planos de saúde, e o Regulamento da Cassems, que prevê as hipóteses de cabimento do chamado "reembolso livre-escolha", não deixam claro o valor a ser restituído, cabendo tão somente à apelante estipulá-lo, ficando o associado em posição desvantajosa, o que ofende dispositivos do CDC (art. 51, IV e X).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por CASSEMS-Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, nos autos da Ação de Cobrança nº 002.10.010804-2, proposta por Maria do Carmo de Araújo, julgou procedente o pedido para ressarci-la o valor de R$ 887,00 (oitocentos e oitenta e sete reais), devidamente corrigido e acrescido de juros de mora, despendido no tratamento de radioterapia.

Em síntese, alega que:

a) quando do pedido do autor, o Centro de Tratamento do Câncer de Dourados/MS apresentava irregularidades perante a Vigilância Sanitária, já que não havia autorização para operação da CNEN – Comissão Nacional de Energia Nuclear, o que ensejou no indeferimento do pedido de radioterapia no referido Centro, não se tratando, pois, de mera burocracia;

b) por medida protetiva à beneficiária e amparada por previsão legal, colocou à sua disposição a realização do procedimento em Campo Grande/MS (f.92), e que ciente do suporte ofertado pelo plano de saúde, a apelada optou por atendimento particular;

c) a legislação prevê o reembolso "livre-escolha", de acordo com as tabelas/relação de preços de serviços médicos e hospitalares utilizadas pelo plano de saúde (Tabela Cassems), para garantir o equilíbrio econômico e financeiro, motivo pelo qual não seria devido o reembolso integral, como determinou a decisão recorrida, cujo argumento, de que a apelada não conhecia dos valores, seria frágil e

d) a sentença fere a soberania estatutária da Associação, prevista pela Constituição Federal.

Ao final requer o recebimento e acolhimento do apelo para reformar a decisão de primeira instância.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 165/169), pugnando pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por CASSEMS-Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, nos autos da Ação de Cobrança nº 002.10.010804-2, proposta por Maria do Carmo de Araújo, julgou procedente o pedido para ressarci-la o valor de R$ 887,00 (oitocentos e oitenta e sete reais), devidamente corrigido e acrescido de juros de mora, despendido no tratamento de radioterapia.

A questão reside na possibilidade do ressarcimento à apelada do valor pago no tratamento particular de radioterapia, realizado pelo esposo, seu dependente, uma vez que é beneficiária do plano de saúde da Cassems.

O dependente da apelada, idoso (f. 15), é portador da doença CID C 16.9 EC IIIE, com metástase cerebral, o que ensejou na prescrição da radioterapia, procedimento considerado de urgência.

O enfermo procurou atendimento no Hospital Evangélico de Dourados/MS autorizado da CASSEMS, que promove o tratamento em questão com habitualidade naquela cidade, no entanto, o serviço de Radioterapia não havia sido credenciado (f. 93).

A tese de que o Centro de Tratamento do Câncer do Hospital Evangélico de Dourados/MS estava irregular perante a Vigilância Sanitária, por não deter autorização para operação da CNEN – Comissão Nacional de Energia Nuclear, não é hábil para afastar o dever da apelante de fornecer o tratamento de radioterapia ao apelado no local de seu domicílio.

Cumpre destacar que o principal fator que impedia o credenciamento do Centro seria a falta de responsável técnico, pois os médicos daquela instituição não tinham registro definitivo no CRM/MS (f. 93).

Porém, o tratamento foi solicitado por médico devidamente habilitado, Dr. José Octávio H. Rodrigues – CRM/PR n. 6581, conforme f. 94-96, e ainda que a apelada alegue ser provisório o registro junto ao Conselho, o médico detém licença para atuar, pois lhe foi concedido pelo próprio Conselho de Medicina. Logo, não há impedimento ao apelado de receber o tratamento no Hospital credenciado, já que o profissional da saúde possui a carteira funcional de médico, ainda que o serviço não possua autorização.

Neste sentido, é o entendimento deste Tribunal, *in verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER COM TUTELA ANTECIPADA – CASSEMS – APLICABILIDADE DO CDC – TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA – NÃO FORNECIMENTO DO TRATAMENTO NO HOSPITAL LOCALIZADO NA CIDADE DE DOMICÍLIO DO BENEFICIÁRIO EM RAZÃO DE QUESTÕES MERAMENTE BUROCRÁTICAS – DESARRAZOABILIDADE – MÉDICO DETENTOR DE REGISTRO PROVISÓRIO NO CRM/MS E NÃO CADASTRADO COMO RESPONSÁVEL TÉCNICO NO CADASTRO NACIONAL DE ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE – IRRELEVÂNCIA – HABILITAÇÃO E CAPACITAÇÃO DO PROFISSIONAL COMPROVADAS – NÃO CONHECIDA A ALEGAÇÃO DE FALTA DE LICENCIAMENTO DA ENTIDADE HOSPITALAR JUNTO A COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR – INOVAÇÃO À LIDE RECURSAL – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.*
>
> *Código de Defesa do Consumidor é sabidamente aplicável aos contratos que envolvem planos de saúde por se tratar de relação de consumo. O fato de o médico que prescreveu o tratamento radioterápico no Hospital Evangélico de Dourados-MS possuir registro provisório perante o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul não tem o condão de impedir que o apelado receba o adequado tratamento para a doença que o acomete (câncer de pulmão) naquela entidade credenciada, porquanto o referido profissional possui carteira funcional de médico, estando, assim, devidamente habilitado e capacitado para o exercício da profissão e para a prescrição do tratamento que entender adequado ao caso analisado. No presente caso, não se vislumbra qualquer obstáculo, senão burocrático, para que o apelado continue a receber o tratamento. [...]."* (TJMS – Apelação Cível n. 2011.002871-0. Rel. João Maria Lós. Primeira Câmara Cível. Julgamento 22/02/2011).
>
> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER COM TUTELA ANTECIPADA – CASSEMS – APLICABLIDADE DO CDC – TRATAMENTO DE RADIOTERAPIA – NÃO–FORNECIMENTO DO TRATAMENTO NO HOSPITAL LOCALIZADO NA CIDADE DE DOMICÍLIO DA BENEFICIÁRIA EM RAZÃO DE QUESTÕES MERAMENTE BUROCRÁTICAS – DESARRAZOABILIDADE – MÉDICO DETENTOR DE REGISTRO PROVISÓRIO NO CRM/MS E NÃO CADASTRADO COMO RESPONSÁVEL TÉCNICO NO CADASTRO NACIONAL DE ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE – IRRELEVÂNCIA – HABILITAÇÃO E CAPACITAÇÃO DO PROFISSIONAL COMPROVADAS – NÃO CONHECIDA A ALEGAÇÃO DE FALTA DE LICENCIAMENTO DA ENTIDADE HOSPITALAR JUNTO À COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR – INOVAÇÃO À LIDE RECURSAL – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO. [...]."* (TJMS – Apelação Cível n. 2010.037782-3. Rel. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Quinta Turma Cível. Julgamento 15/12/2010).

Ainda, no tocante à suposta opção do associado, tem-se que mesmo a apelante facultando ao apelado a prestação do atendimento em outra unidade hospitalar, sendo o Hospital Evangélico de Dourados/MS credenciado à rede e podendo prestá-lo, como no presente caso, eis que se constata aqui o direito do consumidor de ser atendido no referido nosocômio, não podendo o plano de saúde exigir que ele se dirija

até outra cidade para receber o tratamento. E frise-se, o beneficiário é idoso e portador de uma doença que limita suas condições físicas, o que restou provado por atestado médico às fls. 16.

Portanto, em nenhum momento o apelado fez uma escolha, apenas prosseguiu seu tratamento no local de seu domicílio. Logo, não há que se falar em "opção por atendimento particular", já que não procurou um Hospital particular a seu contento, mas necessitou de uma medida de urgência, prosseguindo com boa-fé.

A saúde é um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal, para que seja possível o pleno gozo do direito vital da dignidade da pessoa humana. Sobrepõe-se às questões contratuais que abarcam a relação de consumo existente entre a seguradora do plano de saúde e seu beneficiário.

Não obstante, os contratos de planos de saúde são submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, portanto as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, conforme prevê o art. 47, do referido diploma.

Neste sentido é jurisprudência desta Terceira Câmara Cível:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DA FORMA MAIS BENÉFICA PARA O CONSUMIDOR – ARTIGO 47, DO CDC – PLANO DE SAÚDE COM EXCLUSÃO DE COBERTURAS – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL EXCLUI A COBERTURA DE TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA – LEI N. 9.656/98 – DIREITO À VIDA E À SAÚDE QUE SE SOBREPÕEM A QUALQUER OUTRO COMANDO LEGAL – DEVER DA PRESTADORA DE SERVIÇOS SUPORTAR INTEGRALMENTE AS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*
>
> *Instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro de assistência médico-hospitalar, justifica-se a aplicação das normas consumeristas, nos termos do § 2º do artigo 2º do CDC. [...]."* (TJMS – Apelação Cível n. 2012.015198-8 Rel. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Câmara Cível. Julgamento 05/06/2012).

Sopesando o direito à saúde, à vida, tem-se que a apelada esbarrou em uma negativa burocrática, como bem afirmou a r. Sentença.

Dito isso, evidenciado o dever da apelante de restituir os valores gastos pela apelada, restando definir se integral ou parcial, conforme pleito subsidiário da requerida.

A Lei n. 9656/98, art. 12, VI (que trata do reembolso pelos planos de saúde), determina que:

> *"Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:*
>
> *[...]*
>
> *VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados*

> *pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;"*

Porém, o Regulamento do Plano de Saúde Cassems, transcrito pelo Apelante (fls.134/157), que prevê as hipóteses de cabimento do chamado "reembolso livre-escolha", não deixa claro o valor a ser restituído, cabendo tão somente à apelante estipulá-lo, ficando o associado em posição desvantajosa, o que ofende dispositivos do CDC (art. 51, IV e X).

Dessa forma, resta evidente o dever de restituir integralmente os valores gastos pelo segurado.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento em relação à natureza jurídica das operadoras de plano de saúde e a suposta "interferência estatal" na dita Associação:

> *"- A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota."* (REsp. 267530-SP; Recurso Especial, 2000/0071810-6, Rel. Min.Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, Data do Julgamento: 14/12/2000, Data da Publicação/Fonte DJ 12.03.2001 p. 147.)

A citada Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, demonstra em várias passagens, a existência de relação de consumo, não interessando se a apelante aduz ser uma associação civil, sem fins lucrativos, em caráter de autogestão, conforme já foi amplamente discutido em casos análogos por este Tribunal.

Portanto, tendo sido todas as questões levantadas e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados, restando repelidas as teses contrárias ao decidido.

Posto isto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0002763-44.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – PROVA PRODUZIDA UNILATERALMENTE – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – DANO MORAL – PEDIDO NÃO FORMULADO NA PEÇA EXORDIAL – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

A prova produzida de forma unilateral não pode ser utilizada a fim de embasar o livre convencimento do julgador, uma vez que sua formação não ficou adstrita às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e, sobretudo, do devido processo legal.

O simples termo de ocorrência que demonstra a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude cometida pelo consumidor e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho, não obriga o usuário ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas.

A interrupção do fornecimento de energia elétrica indevido acarreta transtornos passíveis de indenização mediante danos morais.

O recurso não pode ser conhecido quanto a pedidos que não foram formulados em sede da peça inicial.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de abril de 2013.

Des. Josué de Oliveira – em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

MAGDA GRELLMANN interpõe recurso de Apelação em face da sentença de f. 143/148 que, nos autos da ação declaratória negativa de débito que promove em face de EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A - ENERSUL, julgou improcedente a pretensão inicial por inexistir ilegalidade da cobrança realizada.

Sustenta que o recurso de apelação deve ser provido, eis que o laudo técnico elaborado pela AEM/MS carece de confiabilidade porque o aparelho no qual foi supostamente detectada irregularidade, somente havia sido manuseado pela empresa.

Aduz que o laudo elaborado pela AEM/MS, embora tenha constatado que a fase B do medidor estava invertida, afirma, por outro lado, que os lacres da tampa de acrílico estavam normais - o que pressupõe que não estavam violados.

Alega que se o medidor estava lacrado não havia como ter sido manipulado para fraude.

Por fim, requer o provimento do presente recurso para reformando a sentença objurgada, julgar procedentes os pedidos contidos na exordial, quais sejam: exonerar a autora da obrigação de pagar o valor cobrado indevidamente, a título de multa, diante da não comprovação da indigitada fraude, bem como que a apelada seja condenada a indenizar a recorrente pelos danos morais sofridos.

Regularmente intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões, onde rebate as teses apresentadas no presente recurso e pugna pelo improvimento recursal.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Apelação interposta por MAGDA GRELLMANN em face da sentença de f. 143/148 que, nos autos da ação declaratória negativa de débito que promove em face de EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S/A - ENERSUL, julgou improcedente a pretensão inicial por inexistir ilegalidade da cobrança realizada.

Sustenta que o recurso de apelação deve ser provido, eis que o laudo técnico elaborado pela AEM/MS carece de confiabilidade porque o aparelho no qual foi supostamente detectada irregularidade, somente havia sido manuseado pela empresa.

Aduz que o laudo elaborado pela AEM/MS, embora tenha constatado que a fase B do medidor estava invertida, afirma, por outro lado, que os lacres da tampa de acrílico estavam normais - o que pressupõe que não estavam violados.

Alega que se o medidor estava lacrado não havia como ter sido manipulado para fraude.

Por fim, requer o provimento do presente recurso para reformando a sentença objurgada, julgar procedentes os pedidos contidos na exordial, quais sejam: exonerar a autora da obrigação de pagar o valor cobrado indevidamente, a título de multa, diante da não comprovação da indigitada fraude, bem como que a apelada seja condenada a indenizar a recorrente pelos danos morais sofridos.

Regularmente intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões, onde rebate as teses apresentadas no presente recurso e pugna pelo improvimento recursal.

Depreende-se dos autos que no dia 01.08.2011, dois funcionários da empresa-apelada estiveram na residência da apelante, com o intuito de inspecionar o aparelho de registro de consumo de energia elétrica que lá se encontrava instalado.

Ora, no caso, dispõe o art. 72, *caput*, e seus incisos I e II, da Resolução n. 456/2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL que:

> *"Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências:*
>
> *I - emitir o 'Termo de Ocorrência de Irregularidade', em formulário próprio, contemplando as informações necessárias ao registro da irregularidade, tais como: [...].*
>
> *II - solicitar os serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, este quando se fizer necessária a verificação do medidor e/ou demais equipamentos de medição;*
>
> *III - implementar outros procedimentos necessários à fiel caracterização da irregularidade;[...]."* [1]

Como se vê, da leitura atenta dos dispositivos acima reproduzidos, observa-se que em caso de constatação de irregularidades na utilização de medidor de energia, a concessionária deve emitir um "Termo de Ocorrência de Irregularidade", bem como solicitar uma perícia técnica a fim de apurar se o consumo de energia registrado na unidade consumidora é, de fato, o que está sendo utilizado.

Ocorre que, no caso, a recorrida, de maneira arbitrária, após elaborar o Termo de Ocorrência de Irregularidade, emitiu uma nota de débito à recorrente, no valor de R$ 12.140,31, quantia que seria supostamente a diferença obtida com a medição irregular da energia. Além disso, no mesmo ato, notificou-a de que, não sendo pago tal valor, o fornecimento da energia será suspenso.

Não é possível extrair dos autos que eventual fraude no medidor tenha sido realizada pela recorrente e cumpre anotar que, na hipótese de adulteração em medidor de energia, cabe à concessionária apelada comprovar em juízo que a irregularidade partiu do consumidor, não podendo simplesmente atribuir a responsabilidade ao proprietário do imóvel, consoante insiste em sustentar.

Nesse sentido, eis o entendimento que vem sendo adotado por este Tribunal de Justiça:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL – CORTE DE FORNECIMENTO – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVA PELA CONCESSIONÁRIA – COBRANÇA RETROATIVA – PORTARIA 466/97 DO DNAEE – INCONSTITUCIONALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. O consumidor hipossuficiente não está obrigado a pagar quantia retroativa cobrada a título de consumo de energia elétrica se, cabendo à ré o ônus da prova de que o autor consumiu energia acima do que pagou, e qual esse consumo, não se desincumbe do ônus de provar a existência da alegada fraude no aparelho medidor. O fornecimento de energia elétrica é considerado serviço público essencial que não pode ser interrompido por inadimplemento. Mesmo que haja irregularidade na ligação da rede elétrica na residência do consumidor, não pode a concessionário interromper de imediato a prestação desse serviço e, fixar unilateralmente e arbitrariamente a média do consumo nos últimos 24 meses e impor o seu pagamento. Há meios processuais para que a empresa possa receber o valor da energia consumida e não registrada e paga pelo consumidor. O procedimento previsto na Portaria n. 466/97, quando regula os procedimentos a serem adotados no caso de irregularidades praticadas contra o medidor de consumo e ante a inadimplência do consumidor, regulamentando a forma de suspensão do fornecimento, é inconstitucional."* [2] (Grifei).

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C QUITAÇÃO DE DÍVIDA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA UNIDADE CONSUMIDORA –* ***NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE O CONSUMIDOR PARTICIPOU DA PRÁTICA DA FRAUDE OCORRIDA EM PERÍODO PRETÉRITO À SUA INSTALAÇÃO NO IMÓVEL – OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE CONSTANTEMENTE SUPERVISIONAR A REGULARIDADE DOS RELÓGIOS MEDIDORES – RESPONSABILIZAÇÃO DO CONSUMIDOR PELO PAGAMENTO DE VALORES REFERENTES A UM SUPOSTO DESVIO DE ENERGIA – IMPOSSIBILIDADE –*** *RAZOABILIDADE DO DECISUM – RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES DOS VALORES COBRADOS A TÍTULO DE TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – MEDIDA QUE SE IMPÕE – DANOS MORAIS – COMPROVADOS – IMPOSSIBILIDADE DE QUE O CONSUMIDOR SEJA OBRIGADO A ASSINAR UM TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA PARA QUE SEJA POSSIBILITADO O FORNECIMENTO DE ENERGIA, AINDA QUE TENHA SIDO VERIFICADA A EXISTÊNCIA DE UMA IRREGULARIDADE NA UNIDADE CONSUMIDORA – CONFIGURA DANO MORAL A IMPUTAÇÃO, DESPROVIDA DE PROVAS, DE FURTO DE ENERGIA PELO CONSUMIDOR – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Mesmo diante da constatação da existência de irregularidade na unidade consumidora, impossibilitado restará o reconhecimento da responsabilidade do consumidor pelo pagamento de valores cobrados a título de desvio de energia, quando não restar demonstrada satisfatoriamente a sua participação na concretização da fraude ocorrida em período pretérito à sua instalação. Tendo a concessionária a obrigação de supervisionar a regularidade dos relógios medidores, não pairam dúvidas quanto à impossibilidade de que transfira ao consumidor que passou a ocupar a unidade consumidora em época posterior à fraude, não tendo sequer participado desta, a responsabilidade pelo pagamento de valores cobrados a título de desvio de energia, se por um considerável lapso temporal foi incapaz de constatar a existência do erro de medição. [...]."* [3] (Grifei).

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – IRREGULARIDADE PROVOCADA PELO MORADOR – NÃO COMPROVADA – DÍVIDA APURADA – NULIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO."* [4]

Assim, por inexistir prova inequívoca de que a autora-apelante tenha fraudado o seu medidor de energia elétrica, a ponto de justificar a cobrança do valor fixado unilateralmente pela recorrente, agiu de forma equivocada o juízo de origem ao não acolher o pleito inicial e deixar de declarar inexistente o débito exigido pela empresa energética.

Quanto ao pedido constante no recurso de apelação para que a apelada seja condenada em pagar à apelante o valor de R$ 12.140,31 a título de danos morais, insta salientar que tal pleito não está no rol de pedidos elencados na peça exordial, pelo que, não conheço do recurso nesse ponto.

Por tais razões, conheço do recurso em parte e, na parte conhecida, **dou-lhe provimento** para declarar a inexigibilidade do débito lançado pela apelada, invertendo os ônus da sucumbência, devendo a apelada arcar com as custas processuais e honorários advocatícios no valor fixado na sentença (R$ 1.000,00).

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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 30 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0030560-63.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – TÍTULO DE TURISMO – HOTEL DESCREDENCIADO DA OPERADORA DE TURISMO – RESERVA CONFIRMADA UMA SEMANA ANTES – VIAGEM FRUSTRADA – COMPROVAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – DANOS MORAIS COMPROVADOS – INDENIZAÇÃO MAJORADA – RECURSO E PROVIDO.

A operadora de turismo deve atender ao consumidor de seu serviço na realização de viagens programadas com antecedência em razão da obrigação que lhe compete.

A transação realizada entre o consumidor e a operadora do título de turismo gera a expectativa de uso do hotel credenciado para gozo das férias com a família.

A indenização por danos morais deve representar a punição ao ofensor de modo que o iniba à prática do ato ilícito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

MARCIA MIYKI YANAI TERUYA, KIMIKO YANI interpõem recurso de Apelação em face da sentença de f. 187/190v que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que promove em face de **BANCORBRÁS - HOTÉIS, LAZER E TURISMO LTDA, ATLÂNTIDA PARK HOTEL ATIBAIA**, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenados as rés ao pagamento de danos materiais no importe de R$ 2.415,50, corrigidos pelo IGPM/FGV desde o desembolso, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação; e ao pagamento de danos morais, fixados no importe de R$ 12.000,00, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Sustentam as recorrentes, em apertada síntese, que a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau deve ser reformada no tocante ao *quantum* arbitrado a título de dano moral, eis que o valor atribuído em juízo de primeiro grau está aquém do dano sofrido por elas e seus familiares, e, ainda, deixou de atingir um dos fins das condenações deste jaez, que é a punibilidade do ofensor.

Aduzem que a ação foi proposta pelas duas por serem titulares dos títulos de turismo que deram ensejo à demanda, mas ressaltam que se trata de três títulos e, considerando que a indenização foi aplicada em R$ 12.000,00, o montante garantido a título de danos morais por cada um dos títulos seria de R$ 4.000,00, o que não condiz com os aborrecimentos sofridos por todas as pessoas que participaram da viagem que acabou sendo frustrada pela conduta das rés.

Por fim, pugna pela reforma da sentença recorrida, julgando-se procedente o presente recurso de apelação.

Bancorbrás – Hotéis, Lazer e Turismo apresentou contrarrazões às f. 205/208, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de recurso Apelação interposto por **MARCIA MIYKI YANAI TERUYA, KIMIKO YANI** em face da sentença de f. 187/190v que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que promove em face de **BANCORBRÁS - HOTÉIS, LAZER E TURISMO LTDA., ATLÂNTIDA PARK HOTEL ATIBAIA**, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenados as rés ao pagamento de danos materiais no importe de R$ 2.415,50, corrigidos pelo IGPM/FGV desde o desembolso, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação; e ao pagamento de danos morais, fixados no importe de R$ 12.000,00, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Sustentam as recorrentes, em apertada síntese, que a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau deve ser reformada no tocante ao *quantum* arbitrado a título de dano moral, eis que o valor atribuído em juízo de primeiro grau está aquém do dano sofrido por elas e seus familiares, e, ainda, deixou de atingir um dos fins das condenações deste jaez, que é a punibilidade do ofensor.

Aduzem que a ação foi proposta pelas duas por serem titulares dos títulos de turismo que deram ensejo à demanda, mas ressaltam que se trata de três títulos e, considerando que a indenização foi aplicada em R$ 12.000,00, o montante garantido a título de danos morais por cada um dos títulos seria de R$ 4.000,00, o que não condiz com os aborrecimentos sofridos por todas as pessoas que participaram da viagem que acabou sendo frustrada pela conduta das rés.

Por fim, pugna pela reforma da sentença recorrida, julgando-se procedente o presente recurso de apelação.

Bancorbrás – Hotéis, Lazer e Turismo apresentou contrarrazões às f. 205/208, pugnando pelo improvimento do recurso.

Pois bem.

A ação proposta pelas recorrentes decorreu do fato de serem titulares de títulos de turismo proveniente da Bancorbrás – Hotéis, Lazer e Turismo Ltda., através dos quais efetuaram reservas para viajar com suas respectivas famílias para o Atlântida Park Hotel Atibaia.

Ocorre que, embora tenham confirmado as reservas – dois quartos de casal e um quarto triplo, com cama extra para mais uma pessoa – ao chegarem ao destino foram informados de que o convênio havia sido cancelado e, consequentemente, também as reservas.

Diante disso, passaram a noite no hotel e no dia seguinte tiveram de sair porque não havia vaga disponível para todos.

Extrai-se dos autos que as alegações das autoras foram comprovadas, sendo que tiveram que deixar o hotel após a noite e seguiram viagem a São Paulo, instalando-se em outro hotel.

A meu sentir, qualquer homem médio que tivesse despendido mensalmente o pagamento das parcelas do respectivo título de turismo com o objetivo de proporcionar à sua família descanso e lazer na categoria anunciada pela contratada Bancobrás, sentir-se-ia por demais desapontado e enraivecido com o ocorrido, isso porque pagou por um serviço que na prática jamais funcionou.

Quando celebrou o contrato prometendo ao cliente viagens com padrões de excelência, a primeira ré fez incutir nas recorrentes uma imagem em flagrante desconformidade com a realidade. Para eximir-se, competia-lhe provar a inexistência do defeito na prestação do serviço ou que o descumprimento contratual não causou maiores transtornos do que os comuns em uma relação comercial, o que não fez.

O dissabor, angústia e apreensão a que foram submetidas as recorrentes e suas famílias, diante da frustração das férias, por certo planejada e esperada por todos, porém, não concretizada, implica em lesão que extrapola os níveis normais e projeta violação à honra e à dignidade da pessoa humana, ensejando **danos morais**.

Analisando detidamente os autos, portanto, entendo que, em relação ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais, já está assentado na doutrina e na jurisprudência que o seu valor deve atender à capacidade econômico-financeira do ofensor, de modo tal a se constituir em fator de desestímulo do ato praticado e atender, por outro lado, à intensidade do sofrimento do ofendido, à gravidade, natureza e repercussão da ofensa, sem se constituir em fonte de enriquecimento indevido à vítima.

Como se sabe, a reparação do dano moral, nesses casos, tem finalidade educativa, como forma de incentivar o respeito aos direitos do consumidor e evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar a sanção civil leve demais, sanção essa que também visa restabelecer o equilíbrio nas relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade.

Carlos Roberto Gonçalves preleciona que:

> *"Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos á personalidade de outrem."* (Responsabilidade Civil; Saraiva; 8ª ed.; p. 566; 2003).

In casu, a capacidade econômica das partes envolvidas merece destaque, uma vez que se trata de equívoco praticado por instituição de grande porte em que fica claro que valor determinado na sentença mostra-se até mesmo irrisório, comprometendo deveras o caráter inibitório da reparação ao dano causado.

Todavia, conforme já mencionado, na quantificação do dano moral deve-se considerar 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. Sendo assim, o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano.

Ante todas essas peculiaridades, entendo por bem majorar o *quantum* indenizatório de R$ 12.000,00 (doze mil reais) para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), ou seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada uma das

autoras, sendo este valor razoável, bem ponderadas as circunstâncias e como forma de reparação dos danos morais causados às autoras/recorrentes.

Por tais razões, conheço do recurso e **dou-lhe provimento** para majorar o *quantum* arbitrado a título de danos morais para o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), montante que vem a elevar a indenização para R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada uma das autoras.

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. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0070648-80.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ENCERRAMENTO DA CONTA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – CONTA INATIVA – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE ENCARGOS – LIMITADA A 180 DIAS – INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL E MATERIAL – IMPROCEDÊNCIA DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO – RECURSO DO REQUERIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA NESTA PARTE, IMPROVIDO. RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO.

É inadmissível que a instituição financeira permita a formação e crescimento contínuo de um débito, exclusivamente pela cobrança contínua de taxas e tarifas de manutenção após o período de 6 (seis) meses de inatividade da conta. Esta conduta viola os princípios da lealdade e boa-fé objetiva e caracteriza-se como prática abusiva, vedada pelo CDC, o que impõe a declaração de inexistência do respectivo débito após 180 (cento e oitenta) dias de inatividade da conta bancária.

Em que pese a inscrição do nome da demandante nos órgãos de restrição ao crédito por débito superior ao devido, ainda assim, teria seu nome cadastrado no registro negativo, tendo em vista que é devedora das tarifas relativas aos primeiros seis meses em que a conta restou sem movimentação. Logo, não há falar em reparação moral, ou material decorrente do mesmo fato, à demandante, pois de qualquer sorte, restaria inscrita nos órgãos de restrição ao crédito por parte da dívida anotada.

Não há que se falar em repetição de indébito visto que a requerente não pagou nem o valor devido, nem o cobrado indevidamente, de modo que é inaplicável ao presente caso o art. 42, parágrafo único, do CDC, já que tal dispositivo legal prevê, expressamente, que a repetição de indébito é devida no valor igual ao dobro do pago em excesso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

BANCO SANTANDER BRASIL S/A, DIONE LAGO PIPINO interpõem recursos de Apelação em face da sentença de fls. 178/189 que, nos autos de Ação Declaratória de Inexistência de Débito cumulada com Indenização por Danos Morais e Materiais que o segundo move em face do primeiro **DIONE LAGO**

PIPINO, BANCO SANTANDER BRASIL S/A, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar extinto o contrato celebrado entre as partes, referente à conta corrente n. 000711298, agência 0465, desde 22/5/2007. Quanto ao pedido de indenização por danos materiais e materiais, julgou-os improcedente. Por fim, condenou as partes, em igual proporção, ao pagamento das custas processuais, devendo cada uma arcar com os honorários de seus respectivos advogados, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC, sobrestando a exigibilidade de tais valores em relação à autora vez que ela é beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

Banco Santander Brasil S/A, em suas razões de apelação (fls. 195/200) sustenta, em síntese, que é perfeitamente legal a cobrança de taxas e tarifas de manutenção da conta concorrente, mesmo após o período de 06 meses de inatividade da conta, visto que está previsto no contrato disponibilizado a parte requerente no momento de assinatura do termo.

Discorre sobre a impossibilidade de aplicação do instituto do dano moral, prequestiona dispositivos legais, pugnando pela improcedência de todos os pedidos iniciais.

Dione Lago Pipino, em suas razões de apelação (fls. 205/213) sustenta, em síntese, que requereu em 10/11/2006, verbalmente, o encerramento de sua conta corrente. Que seu pedido não foi atendido pelo banco requerido, gerando um débito no valor de R$ 10.365,16, referente a tarifas, mensalidades, impostos e juros referentes a período posterior ao pedido de encerramento da conta, e que, em virtude da dívida, teve seu nome inserido nos cadastros do Serasa.

Aduz que há nos autos indícios suficientes para a comprovação do pedido de encerramento da conta; que caberia ao banco o dever de informar os procedimentos para o encerramento; que o contrato deve ser interpretado em favor do consumidor.

Pugna, assim, pela devolução dos valores cobrados em dobro e no pagamento de indenização por danos materiais e morais.

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 218/255 e 227/233) pugnando pelo improvimento do recurso da parte adversa.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Apelações interpostas por **BANCO SANTANDER BRASIL S/A, DIONE LAGO PIPINO** em face da sentença de fls. 178/189 que, nos autos de Ação Declaratória de Inexistência de Débito cumulada com Indenização por Danos Morais e Materiais que o segundo move em face do primeiro, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar extinto o contrato celebrado entre as partes, referente à conta corrente n. 000711298, agência 0465, desde 22/5/2007. Quanto ao pedido de indenização por danos materiais e materias, julgou-os improcedentes. Por fim, condenou as partes, em igual proporção, ao pagamento das custas processuais, devendo cada uma arcar com os honorários de seus respectivos advogados, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC, sobrestando a exigibilidade de tais valores em relação à autora vez que ela é beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

Banco Santander Brasil S/A, em suas razões de apelação (fls. 195/200) sustenta, em síntese, que é perfeitamente legal a cobrança de taxas e tarifas de manutenção da conta concorrente, mesmo após o período de 06 meses de inatividade da conta, visto que está previsto no contrato disponibilizado a parte requerente no momento de assinatura do termo.

Discorre sobre a impossibilidade de aplicação do instituto do dano moral, prequestiona dispositivos legais, pugnando pela improcedência de todos os pedidos iniciais.

Dione Lago Pipino, em suas razões de apelação (fls. 205/213) sustenta, em síntese, que requereu em 10/11/2006, verbalmente, o encerramento de sua conta corrente. Que seu pedido não foi atendido pelo banco requerido, gerando um débito no valor de R$ 10.365,16, referente a tarifas, mensalidades, impostos e juros referentes a período posterior ao pedido de encerramento da conta, e que, em virtude da dívida, teve seu nome inserido nos cadastros do Serasa.

Aduz que há nos autos indícios suficientes para a comprovação do pedido de encerramento da conta; que caberia ao banco o dever de informar os procedimentos para o encerramento; que o contrato deve ser interpretado em favor do consumidor.

Pugna, assim, pela devolução dos valores cobrados em dobro e no pagamento de indenização por danos materiais e morais.

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 218/255 e 227/233) pugnando pelo improvimento do recurso da parte adversa.

Passo à análise conjunta dos recursos.

Inicialmente, esclareço que deixo de conhecer do recurso do Banco Santander Brasil S/A, quanto à impossibilidade de aplicação do instituto do dano moral, por falta de interesse recursal, uma vez que sentença lhe foi favorável neste ponto.

Extrai-se dos autos que a autora objetiva a declaração de inexistência dos débitos objetos dos apontamentos de f. 14/19, referentes a encargos de manutenção da conta corrente n. 000711298, ag. 0465, que, segundo afirmou, requereu o encerramento verbal em 10/11/2006. Requer, ainda, o recebimento de indenização por danos morais e materiais.

O juiz singular entendeu por bem que as tarifas e os demais encargos cobrados da autora até seis meses após o início do período de inatividade da conta corrente n. 000711298, ag. 0465, Banco Real, são devidos, eis que decorrentes da manutenção dos serviços bancários à disposição da requerente, e que, após esse período, considerando que o réu não comunicou a autora da condição em que se encontrava, como era seu dever, entendeu que as tarifas de manutenção de conta não são devidas, eis que correspondentes a serviço não prestado há mais de seis meses.

Não obstante os argumentos, **as pretensões recursais não devem prosperar.**

Inicialmente esclareço que apesar de a autora afirmar que requereu o encerramento de sua conta junto ao réu em 10/11/2006, não há qualquer documento juntado aos autos dando conta de que isso de fato ocorreu, ônus que competia à autora, por ser fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC. Assim, não obstante a aplicabilidade do CDC, esclareço que correta a decisão do juiz singular que não aplicou a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, pois dessa forma se incumbiria ao requerido o dever de produzir prova negativa.

Os autos dão conta de que a cobrança de tarifas referentes à manutenção da conta corrente da autora, pelo banco requerido, até seis meses após o início do período de inatividade, é legítima e está respaldado no exercício regular de um direito, em face da ausência de formalização do pedido de encerramento da conta corrente.

Com efeito, os procedimentos bancários orientam que, para o encerramento de uma conta corrente, o correntista, entre outras coisas, deve enviar uma comunicação de sua intenção, por escrito, ao seu banco, devendo devolver as folhas de cheques em seu poder ou declaração por escrito de sua inutilização, bem como a manutenção de fundos suficientes para a liquidação de compromissos assumidos com o banco ou decorrentes de disposições legais (ex. CPMF).

Na hipótese, a autora apenas declarou que efetuou o pedido de forma verbal ao gerente de sua agência, procedimento esse informal e que destoa da orientação acima.

Por isso, se sofreu alguma cobrança, bem como inscrição no cadastro de inadimplentes, ela se deve a sua própria incúria em promover o encerramento de sua conta corrente, da forma como regem as normas bancárias, não cabendo condenação ao pagamento de danos morais ou materiais.

O juiz da causa apreendeu bem a situação, tanto que merece transcrição um trecho da sentença recorrida que, pela sua juridicidade e clareza, adoto como razão de decidir, até mesmo para evitar a indevida repetição dos argumentos ali narrados, *verbis*:

> *"[...] Conclui-se daí, inexoravelmente, que o termo final do contrato de prestação de serviços bancário, relativos à conta descrita na inicial, deve ser considerado a* ***data de 22/5/2006,*** *eis que representa os* ***seis meses posteriores ao início da inatividade*** *(22/11/2006), e levando em conta, ainda, a vontade expressada pela autora, nos autos, de encerrar a referida conta. Entendo que, assim, chega-se à solução mais razoável à questão, sob a égide do Direito do Consumidor e do princípio da equidade, aplicável às relações de consumo.*
>
> *A autora requereu, na inicial, a devolução dos valores cobrados indevidamente em dobro, com fundamento no art. 42, parágrafo único, do CDC,* ***in verbis****:*
>
> *"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*
>
> *Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que* ***pagou em excesso****, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."*
>
> *Ocorre que a requerente não pagou, nem o valor devido, nem o cobrado indevidamente, de modo que é inaplicável ao presente caso o art. 42, parágrafo único, do CDC, já que tal dispositivo legal prevê que a repetição de indébito é devida no valor igual ao dobro do* ***pago em excesso****.* ***Assim, por não ter a autora pago qualquer valor em excesso, a improcedência desse pedido é medida que se impõe.***
>
> *Quanto ao dano moral, entendo que o pedido da autora não merece prosperar, pois, conforme explanado linhas acima, não há comprovação de que esta requereu o encerramento da conta em novembro de 2006, ônus que lhe competia. Sendo assim, como já dito, são devidas as tarifas e os demais encargos relativos aos seis meses de inatividade, e indevidos os demais.*
>
> ***Ocorre que a requerente não realizou o pagamento de nenhum débito cobrado pela ré após novembro de 2006, de modo que mostra-se correta a inscrição de seu nome nos cadastros de inadimplentes pelos débitos relativos aos seis meses posteriores ao início da inatividade, devendo ser corrigido, tão somente, o valor constante da inscrição, eis que o débito relativo ao período posterior ao dito semestre não é devido.***

> *O dano moral causado pela inscrição indevida em cadastros de inadimplentes é o in re ipsa, ou seja, é presumido, fundamentando-se no fato de que a referida inscrição, por si só, atinge a honra objetiva da vítima, ou seja, fere sua imagem perante a sociedade, especialmente com a restrição de crédito pelo mercado, em virtude da inadimplência.*
>
> *Considerando o fundamento do dano moral no caso de inscrição irregular nos cadastros de inadimplentes, verifico que, no presente caso, não há lesão extrapatrimonial a ser reparada,* ***pois a inscrição realizada foi regular, havendo erro tão somente no valor da inscrição, o que, por si só, não acarreta dano moral****."*
>
> *[...]*
>
> *"Quanto ao pedido de indenização por danos materiais, realizado pela autora na inicial, fundamentado na restrição de crédito à autora e no fato de que esta revende livros jurídicos, melhor sorte não lhe assiste.*
>
> *Isso porque, para a reparação de danos materiais, há que se comprovar, discriminadamente, a ocorrência de tais lesões, ônus que competia à autora, nos termos do art. 333, I, do CPC. A requerente juntou aos autos, tão somente, um orçamento referente a proposta de venda de livros jurídicos (f. 19), sem demonstrar que a venda não se concretizou em virtude da negativação, nem comprovar sua alegada atividade de revendedora de livros.* ***E, mesmo que a realização do negócio não tenha ocorrido em virtude da inscrição do nome da autora nos cadastros de inadimplentes, não há dano a ser reparado, eis que a referida inscrição foi procedida regularmente, conforme já explanado linhas acima****."* (fls. 185/188).

Como se pode ver, o esforço da apelante em demonstrar a ilegitimidade na cobrança das tarifas bancárias pela manutenção da conta corrente não merece guarida, sobretudo porque não logrou a apelante em demonstrar a sua intenção de vontade, tendo que arcar com o ônus decorrente de sua própria negligência.

A propósito, ensina ORLANDO GOMES que *"distingue-se da extinção do contrato, o fechamento da conta. Tem esta como efeito da liquidação do saldo, que pode ocorrer no curso do contrato sem acarretar a cessação do contrato. Numa conta corrente estipulada pelo prazo de dois anos, podem as partes convencionar será fechada de seis em seis meses. Extingue-se o contrato pelo advento do termo, pelo distrato e por renúncia.* ***A resilição unilateral ocorre mediante simples comunicação de uma parte à outra, de efeito imediato, ou consistente e aviso prévio, se o contrato é por tempo indeterminado****, não importando, em algumas legislações, a imediata exigibilidade do saldo."* (Contratos, 20ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 335 - destaquei).

Observa-se que a causa eficiente e direta da cobrança das tarifas bancárias pela manutenção da conta corrente em nome da apelante diz respeito à falta de pedido expresso de encerramento da conta bancária, fato esse imputável única e exclusivamente à apelante, do que decorre a ausência de ilicitude imputável ao banco apelado.

Por tudo isso é que se mostra infundado e descabido o pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes da cobrança de tarifas bancárias que gerou a inscrição em cadastro de inadimplentes.

A propósito, da conjugação das normas constantes dos arts. 186 a 188 e 927, todos do Código Civil, o dever de indenizar exsurge da prática de um ato ilícito causador de um dano. Logo, se ato combatido foi praticado no exercício regular de um direito (CC, art. 188), não há se falar em ato ilícito, tampouco em dever de repará-lo.

Nesse sentido, o seguinte precedente jurisprudencial:

> *"INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO NEGATIVA. CONTA-CORRENTE.* ***AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. TARIFAS. POSSIBILIDADE - Ausência de encerramento da conta pela titular*** *- Acordo - Inadimplência - Inclusão do nome no SPC - Exercício regular do direito do credor. Ao contratar os serviços de instituição financeira, o consumidor deve ler as cláusulas contratuais com acuidade. Ao encerrar contas de seus clientes em razão da ausência de movimentação financeira, os bancos cobram tarifas permitidas pela legislação. Celebrado acordo para pagamento do débito ficando a correntista inadimplente, configura-se exercício regular do direito do credor, a inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes. Recurso não provido."* (TJMG; APCV 7913424-12.2007.8.13.0024; Belo Horizonte; Décima Quarta Câmara Cível; Relª Desª Evangelina Castilho Duarte; Julg. 07/07/2011; DJEMG 09/08/2011 - destaquei.
>
> *E mais, recente julgado desta Corte:*
>
> *"E M E N T A – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS* ***– IMPROCEDÊNCIA – COBRANÇA DE TARIFAS BANCÁRIAS DECORRENTES DA MANUTENÇÃO DE CONTA CORRENTE – CLIENTE QUE NÃO FORMALIZOU O ENCERRAMENTO DA CONTA BANCÁRIA – LEGITIMIDADE DAS TARIFAS – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO*** *– SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Se o banco demandado somente agiu no exercício regular do direito ao promover a cobrança de encargos pela manutenção de conta corrente não encerrada pelo seu titular, não pode, por isso, ser punido com condenação ao pagamento de danos morais."* (Apelação Cível - Ordinário n. 2012.005226-4/0000-00 - Campo Grande; Quarta Câmara Cível; Relator - Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira; J: 27.3.2012).

Desta forma, mantenho em todos os termos a sentença do juiz singular, diante da ausência de comprovação do pleito de encerramento, sendo possível, conforme fundamentado na sentença, incidência dos encargos que, contudo, deve ser limitada a 180 dias da inatividade da conta, nos termos da Resolução 2.025/93.

Em caso análogo, seguinte jurisprudência:

> *"****APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL.*** *Ação de inexigibilidade de débito com danos morais Contrato colacionado que comprova a abertura de conta corrente e não conta salário Encerramento da conta Ausência de comprovação do pleito de encerramento.* ***Possibilidade de incidência de encargos que, contudo, deve ser limitada a 180 dias da inatividade da conta, nos termos da Resolução 2.025/93 Dano moral inocorrência.*** *Sucumbência mantida Recurso parcialmente provido."* (TJSP; APL 0214300-50.2009.8.26.0007; Ac. 6714136; São Paulo; Décima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Jacob Valente; Julg. 08/05/2013; DJESP 15/05/2013).

Em suma, considero inadmissível que a instituição financeira permita a formação e crescimento contínuo de um débito, exclusivamente pela cobrança contínua de taxas e tarifas de manutenção após o período de 6 (seis) meses de inatividade da conta. Esta conduta viola os princípios da lealdade e boa-fé objetiva e caracteriza-se como prática abusiva, vedada pelo CDC, o que impõe a declaração de inexistência do respectivo débito após 180 (cento e oitenta) dias de inatividade da conta bancária.

Em que pese a inscrição do nome da demandante nos órgãos de restrição ao crédito por débito superior ao devido, ainda assim, teria seu nome cadastrado no registro negativo, tendo em vista que é devedora das tarifas relativas aos primeiros seis meses em que a conta restou sem movimentação. Logo, não

há falar em reparação moral, tampouco material decorrente do mesmo fato, à demandante, pois de qualquer sorte, restaria inscrita nos órgãos de restrição ao crédito por parte da dívida anotada.

Quanto ao requerimento de repetição de indébito, tenho que, como a requerente não pagou nem o valor devido, nem o cobrado indevidamente, de modo que é inaplicável ao presente caso o art. 42, parágrafo único, do CDC, já que tal dispositivo legal prevê, **expressamente**, que a repetição de indébito é devida no valor igual ao dobro do **pago em excesso.**

Posto isso, conheço parcialmente do recurso interposto pelo **Banco Santander Brasil S/A** e, na parte conhecida, **nego-lhe provimento**. Conheço do recurso interposto pela autora **Dione Lago Pipino** e **nego-lhe provimento**, mantendo inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0072741-79.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – CONTRATO BANCÁRIO – JUROS REMUNERATÓRIOS – ABUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA – NÃO LIMITAÇÃO – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – LIMITAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ainda que exista a possibilidade de revisão dos juros pactuados nas relações de consumo, é impossível sua limitação quando não houver nos autos prova *in concreto* de que os juros contratados destoam da taxa média do mercado sem estar justificado pelo risco do próprio negócio.

É válida a cobrança da comissão de permanência, porém desde que não ultrapasse a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de abril de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

VIVIANE LOPES ORTIZ interpõe apelação cível contra a sentença, proferida nesta Ação Revisional de Contrato, que move em face do **BANCO ITAÚ S/A**, em que o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos revisionais para: **a)** acaso superiores, limitar os juros remuneratórios conforme a taxa média de mercado; **b)** admitir a capitalização anual dos juros remuneratórios; **c)** afastar a cumulação da comissão de permanência com os demais encargos moratórios.

Postulando pela reforma de parte da sentença, alega, em síntese, que: **a)** a taxa dos juros remuneratórios deve ser limitada em 1% ao mês; **b)** cobrança da comissão de permanência é indevida, devendo ser substituída pelo IGPM/FGV.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Dos fatos.

Trata-se de apelação cível apresentada por Viviane Lopes Ortiz contra a sentença, proferida nesta Ação Revisional de Contrato, que move em face do Banco Itaú S/A, em que o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos revisionais para: **a)** acaso superiores, limitar os juros remuneratórios conforme a taxa média de mercado; **b)** admitir a capitalização anual dos juros remuneratórios; **c)** afastar a cumulação da comissão de permanência com os demais encargos moratórios.

Juros remuneratórios.

No âmbito constitucional, anoto que desde há muito o Pretório Excelso decidiu que a norma então contida no artigo 192, § 3º, da Constituição da República não era autoaplicável (confira-se a ADI-DF, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 25.06.1993).

Referido entendimento foi consolidado naquela Corte Suprema, tanto que foram editadas a Súmula nº 648[1] e a Súmula Vinculante nº 7, essa com a seguinte redação: *"A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar"*.

O STF também ratificou o entendimento na Súmula n. 596 de que: "*As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituição financeiras públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional."*

No âmbito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, diante da nova sistemática implantada para o julgamento dos processos repetitivos ou de massa, também pacificou o entendimento.

Nesse contexto, utilizando-se do sistema contido no 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. n. 1.061.530/RS, da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, fixou as seguintes orientações:

> *"ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS.*
>
> *a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;*
>
> *b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;*
>
> *c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;*
>
> *d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto."*

1 Súmula 648, STF. A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

Corroborando com o posicionamento acima, aquela Corte Superior editou o enunciado de Súmula n. 382, que possui esta redação: *"A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade."*

Diante disso, conclui-se que não se aplica a Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33) às instituições financeiras quanto aos juros remuneratórios de mútuo bancário, tampouco se aplicam as disposições do artigo 591 c/c o artigo 406 do Código Civil de 2002. Além disso, para que seja admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios, é necessário que o consumidor demonstre a sua abusividade.

Se, por um lado, os juros remuneratórios aplicados pelas instituições financeiras não se limitam ao percentual previsto na Lei da Usura e no CC/02, de outro, são restringidos pela taxa média de mercado, estabelecida pelo Banco Central.

No caso em espécie, é incontroverso que as partes firmaram contrato de financiamento. Sucede que o requerido deixou de ofertar sua defesa, conforme certidão cartorária de pág. 51 TJ-MS, incorrendo, por consequência, nos efeitos da revelia.

Assim sendo, deve ser ratificada a sentença para que, acaso superiores, os juros remuneratórios sejam limitados à taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil para o mês da formalização do contrato.

Comissão de permanência.

Sobre esse encargo financeiro, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos recursos especiais representativos da controvérsia n. 1.058.114/RS e n. 1.063.343/RS, estabeleceu o seguinte:

> *"DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor,* ***é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida****.*
>
> *3.* ***A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC****.*
>
> *4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.*
>
> *5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento. [...]."*

Conforme se vê, a Corte Superior decidiu que é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida, bem como que a cobrança dessa comissão não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação.

Logo, se o contrato previr a incidência da comissão de permanência, mesmo que cumulada com juros moratórios e multa de mora, deverá ser mantida essa cláusula, com a observância de que a cobrança da comissão não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato.

No caso em análise, o magistrado afastou a comissão de permanência, desde que não ultrapasse a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja, juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação.

Assim sendo, deve ser mantida a sentença nessa parte.

DISPOSITIVO**.**

À luz de tais considerações, conheço do recurso, mas **nego-lhe** provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 16 de abril de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0135673-11.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA, REJEITADA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, REJEITADA – MÉRITO RECURSAL – INSTALAÇÃO DE HIDRÔMETRO EM FONTE ALTERNATIVA DE CAPTAÇÃO DE ÁGUA – POÇO ARTESIANO – MEDIDA ADOTADA PARA QUE SE POSSA MENSURAR O *QUANTUM* DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CAPTAÇÃO E TRATAMENTO DE ESGOTO SANITÁRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante a regra do artigo 264, *caput*, do estatuto processual civil, a vedação à modificação do pedido e da causa de pedir é feita ao autor, e não ao réu do processo, mesmo porque a proibição tem como pressuposto assegurar o contraditório e o exercício amplo da defesa. Preliminar de não conhecimento, rejeitada.

2. Tendo o recorrente demonstrado, satisfatoriamente, as razões pelas quais a decisão contra a qual se insurge é ilegal ou injusta, afasta-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

3. Comprovada a utilização dos serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, deve o usuário pagar por tais serviços na proporção que lhe é devida.

4. A instalação de hidrômetro na fonte alternativa de abastecimento de água (poço artesiano) é o meio adequado para possibilitar o cálculo da prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de maio de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

CONDOMÍNIO RESIDENCIAL BETA I, inconformada com a sentença proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer[1] promovida por **ÁGUAS GUARIROBA S.A.,** que julgou **procedente** o

1 Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande..

pedido inicial para determinar que a requerida autorize a instalação de hidrômetro em sua fonte alternativa de abastecimento de água (poço artesiano), a fim de que se possa mensurar o *quantum* da prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, interpõe **recurso de apelação.**

Sustenta, resumidamente, que:

(a) possui sua fonte alternativa desde 1979 e obteve da municipalidade local o alvará de autorização para sua instalação;

(b) fez um acordo com a concessionária de águas, fato esse omitido na inicial, para que pagasse uma taxa mínima e sobre essa taxa fosse cobrado o percentual de esgoto, não havendo porque se falar em aferir a quantidade de água utilizada da própria fonte que abastece o condomínio e

(c) o pedido administrativo de licenciamento ambiental para o uso da fonte alternativa já está sendo providenciado por pessoas da área de engenharia ambiental, cumprindo todas as exigências documentais e sanitárias exigidas pela recorrida.

Pede provimento ao recurso para reformar a sentença combatida, a fim de desobrigá-la de permitir a instalação de medidor de água em sua fonte alternativa, uma vez que tem prazo até 31/12/2012 para obter licença ambiental para continuar utilizando o poço.

Contrarrazões da apelada, suscitando **preliminar de não conhecimento** do recurso por ofensa aos princípios da estabilização da demanda e da dialeticidade e, no mérito, pugnou pelo seu improvimento (fls. 184-190).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Como relatado, cuida-se de recurso de apelação cível interposto por **CONDOMÍNIO RESIDENCIAL BETA I**, contra a sentença de fls. 151-152-verso, proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer promovida por **ÁGUAS GUARIROBA S.A.,** que julgou **procedente** o pedido inicial para determinar que a requerida autorize a instalação de hidrômetro em sua fonte alternativa de abastecimento de água (poço artesiano), a fim de que se possa mensurar o *quantum* da prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário.

Síntese fática:

Consta dos autos que a Águas Guariroba S.A. ajuizou a presente ação de obrigação de fazer em desfavor de Condomínio Residencial Beta I, objetivando, com fundamento na Lei Municipal nº 2.909/2002, no Código Sanitário Municipal (Lei nº 1.866/79, e no Regulamento de Serviços da Concessionária, compelir que a requerida permita a instalação de hidrômetro na fonte alternativa de abastecimento de água da requerida, a fim de mensurar o *quantum* da prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, posto ser o único meio de valorar a contraprestação referente ao esgoto.

Citada, a requerida ofertou a contestação (fls. 103-114), aduzindo em sua defesa que é usuária dos serviços da requerida, pagando, inclusive, os serviços de esgoto, que é calculado sobre o valor mínimo de consumo. Pugnou pela improcedência do pleito inicial.

Em sede de impugnação à contestação (fls. 118-119), a autora rechaçou os argumentos da defesa, alegando que a requerida sempre pagou a tarifa mínima, justamente porque não havia como mensurar seu

real consumo. Reiterou os termos da inicial, pedindo para que a demandada seja compelida a suportar a instalação de um hidrômetro no poço semi-artesiano que mantém em seu imóvel.

Instados a especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 120), a autora requereu o julgamento antecipado da lide ou, caso seja necessária Audiência de instrução, a produção de prova pericial para se aferir o real consumo de água da demandada (fls. 124-125). Por sua vez, a requerida pleiteou pela produção do depoimento pessoal da autora, de provas testemunhais e periciais, estas para constatarem a ausência de capacidade técnica da autora (fls. 128-129).

Designada audiência de tentativa de conciliação (fls. 138), não houve possibilidade de acordo entre as partes (fls. 140).

Sobreveio, então, a sentença de fls. 151-152-verso, de procedência do pedido inicial, em cujo fundamento constou, *verbis*: *"[...] Portanto, não deve o usuário, no caso o réu, criar qualquer tipo de obstáculo à instalação de um hidrômetro em sua fonte alternativa de abastecimento de água, isto é, em seu poço artesiano, sob pena de impedir a cobrança, pela autora, dos serviços de esgoto que presta ao réu, enquanto não for instalado um medidor de vazão do volume de água em sua fonte alternativa de abastecimento."* (trecho da sentença – fls. 152).

Feito este breve retrospecto dos fatos, passo ao enfrentamento das questões jurídicas deduzidas no recurso.

Das preliminares suscitadas em sede de contrarrazões:

I. Da preliminar de não conhecimento por ofensa ao princípio da estabilização da demanda:

Segundo a apelada, Águas Guariroba S.A., contrariamente ao que havia trazido em sede de contestação, a apelante sustenta que os pedidos autorais devem ser julgados improcedentes, a fim de que ela possa *"regularizar a documentação de sua fonte alternativa de abastecimento de água"* (fls. 175-177), o que é vedado pela norma processual.

Com efeito, a estabilização da demanda consiste na impossibilidade, **imposta ao autor da ação**, de, sem o consentimento do réu, modificar os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido). Em nenhuma hipótese é permitida a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo, a teor do parágrafo único do artigo 264 do Código de Processo Civil.

Caso a modificação atinja as partes do processo, tem-se a alteração subjetiva da lide. Do contrário, se a modificação envolver o pedido e/ou a causa de pedir, tem-se a alteração objetiva da lide.

A razão da "estabilização do processo" em relação ao pedido, à causa de pedir, às partes e ao próprio juízo, assim que se completa a relação processual pela citação, é o interesse público na boa administração da justiça, que tem o poder e a função de decidir de modo certo e definitivo à iniciativa consistente no pedido do autor.

De fato, consoante a regra do artigo 264, *caput,* do estatuto processual civil, a vedação à modificação do pedido e da causa de pedir é feita ao autor, e não ao réu do processo, mesmo porque a proibição tem como pressuposto assegurar o contraditório e o exercício amplo da defesa.

Logo, se o réu se defende no processo em desconformidade com o que restou fixado na demanda, nenhum prejuízo acarretará ao autor da ação, mas a ele próprio, que poderá sofrer o ônus decorrente da falta de impugnação especificada do pedido.

No caso do recurso, a cognição do tribunal deve recair sobre a matéria já examinada no juízo inferior, em obediência estrita ao *tantum devollutum quantum apellatum.*

Portanto, **rejeito a preliminar de não conhecimento**, por não ser o caso de ofensa ao princípio da estabilidade da demanda.

II. Da preliminar de não conhecimento, por ofensa ao princípio da dialeticidade:

Sustenta a apelada, que a parte adversa – Condomínio Residencial Beta I - deixou de rebater, especificamente, os fundamentos da sentença, afrontando o princípio da dialeticidade, previsto no art. 514, inciso II, do Código de Processo Civil.

A preliminar também não prospera.

O princípio da dialeticidade consiste no dever imposto ao recorrente de indicar todas as razões de fato e de direito que dão base à sua irresignação.

A respeito do princípio da dialeticidade, Nélson Nery Júnior ensina, *in verbis*: *"O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão"*. (*in* Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149).

Conquanto reconheça que a peça recursal não prima pela mais apurada técnica, dela se pode extrair o inconformismo da apelante contra os fundamentos da sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer, visto que aponta, de forma razoável, os pontos em que baseia seu suposto desacerto.

Desse modo, rejeito a preliminar.

Mérito recursal:

No mérito, adianto que a pretensão recursal não prospera.

Ao examinar os autos, concluí que o Juiz Geraldo de Almeida Santiago, titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, analisou devidamente as provas existentes no processo e deu adequada solução ao caso concreto, motivo pelo qual adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, até mesmo para se evitar a tautologia. Confira-se:

> *"[...] Fundamento e Decido.*
>
> *Trata-se de ação de obrigação de fazer em que a autora busca uma determinação que obrigue a ré a permitir a instalação de um hidrômetro em sua fonte alternativa de abastecimento de água, com o intuito de quantificar a prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, utilizado pela ré.*
>
> *Pois bem, tenho que o pedido inicial procede. É incontroverso que o réu utiliza efetivamente o serviço de rede de esgoto fornecido pela autora, em consonância, portanto, com o art. 61 da Lei Municipal 2.099/1992, que dispõe que 'toda edificação será ligada à rede pública de abastecimento de água e a coletor público de esgoto, sempre que existente, em conformidade com as normas técnicas específicas, do órgão competente.'*
>
> *Nesta esteira, o contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Campo Grande e a concessionária autora, prevê em sua cláusula 12.2., a cobrança 'dos*

usuários beneficiados pelos serviços as tarifas de água, esgoto e os preços dos serviços complementares e dos demais direitos, conforme Regulamento de Serviços'.

Desta forma, uma vez ligado ao coletor público de esgoto e utilizando-se dos serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, pode a concessionária cobrá-los, e deve o usuário pagar por tais serviços na proporção que lhe é devida. Contudo, para que se possa auferir o volume utilizado pelo usuário, faz-se necessário observar o disposto no art. 44, I, do Regulamento de Serviços da Concessionária autora, que assim preconiza:

Art. 44. Excepcionalmente, quando o usuário não dispuser do serviço de abastecimento de água potável, mas quando efetuar lançamento na rede de esgotamento sanitário, o seu volume será determinado da seguinte forma:

I – usuário doméstico: será com base na medição do volume utilizado pela fonte alternativa de abastecimento de água do usuário, sendo que nestes casos a CONCESSIONÁRIA poderá instalar um medidor de vazão, a cargo do usuário.

Portanto, não deve o usuário, no caso o réu, criar qualquer tipo de obstáculo à instalação de um hidrômetro em sua fonte alternativa de abastecimento de água, isto é, em seu poço artesiano, sob pena de impedir a cobrança, pela autora, dos serviços de esgoto que presta ao réu, enquanto não for instalado um medidor de vazão do volume de água em sua fonte alternativa de abastecimento.

[...]

Diante do exposto e por tudo que dos autos consta ***julgo procedente o pedido*** *formulado na presente ação de obrigação de fazer intentada por* ***Águas Guariroba S.A.*** *em desfavor de* ***Condomínio Residencial Beta****, para determinar, com fundamento no art. 44, I, do Regulamento de Serviços da Concessionária autora, que o réu autorize a instalação de hidrômetro em sua fonte alternativa de abastecimento de água, a fim de que se possa mensurar o quantum da prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, fornecido pela autora."* (trecho da sentença recorrida – fls. 151/152).

Na espécie, restou incontroverso o fato de que a apelante possui uma fonte alternativa de abastecimento de água, ou seja, que esta obtém água por meio de um poço artesiano, conforme assim admitiu em sua contestação (fls. 98) e em sua peça recursal (fls. 175).

Também restou incontroverso, que após utilizar a água, retirada de sua fonte alternativa, como insumo de sua atividade de condomínio residencial localizado nesta Capital, na Rua Tietê, nº 19, na Vila Sobrinho, com centenas de usuários, a apelante a descarta no coletor público de esgoto, utilizando assim dos serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário.

Assim, como bem expôs o Juiz *a quo "uma vez ligado ao coletor público de esgoto e utilizando-se dos serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário, pode a concessionária cobrá-los, e deve o usuário pagar por tais serviços na proporção que lhe é devida."* (fls. 151-verso).

Bom registrar que não se está negando o direito da apelante à manutenção da fonte alternativa de captação de água, mas sim, contrapondo o direito da apelada de instalar um medidor de vazão do volume de água (hidrômetro) nessa mesma fonte alternativa, exatamente para possibilitar a cobrança dos serviços de esgoto prestado pela autora da ação.

O fato de existir um pedido administrativo de licenciamento ambiental para o uso da fonte alternativa, não ilide o fato de que a apelante utiliza-se do serviço de captação e tratamento de esgoto sanitário e, por esta razão, tem o dever de efetuar a respectiva contraprestação.

Ademais, conquanto faça referência a um suposto acordo com a concessionária do serviço de águas, ora apelada, para o pagamento de uma taxa mínima e sobre essa taxa fosse cobrado o percentual de esgoto, a apelante não comprovou o alegado. Na realidade, e tendo em conta o objeto da presente ação de obrigação de fazer, pode-se deduzir que a apelante paga a taxa mínima, exatamente porque a apelada não obteve êxito em instalar o medidor de vazão no intuito de possibilitar o cálculo da efetiva prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário.

Portanto, escorreita a sentença que determinou a instalação de hidrômetro na fonte alternativa de abastecimento de água da apelante, a fim de possibilitar o cálculo da prestação de serviços de captação e tratamento de esgoto sanitário.

Dispositivo:

Por todo o exposto, conheço do recurso, mas **lhe nego provimento**, para manter inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Josué de Oliveira, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 07 de maio de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4004279-97.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA – DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA FEITA PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – SEGURO HABITACIONAL – APÓLICE PÚBLICA (RAMO 66) – COMPROMETIMENTO DO FCVS – INTERESSE DA CEF – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1998 a 29.12.2009 e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66), e esse ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA.

Confirma-se a decisão singular do relator que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento, se as razões deduzidas no agravo interno não são convincentes acerca da necessidade de modificar o ato impugnado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Izabel Masias, qualificada na Ação de Responsabilidade Obrigacional Securitária[1] que move em desfavor de **Federal Seguros S/A**, interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática por mim proferida, pela qual neguei seguimento ao agravo de instrumento que interpôs em face da decisão em que o juiz *a quo* declarou a incompetência absoluta do juízo e, consequentemente, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

1 Processo n. 0049175-67.2011.8.12.0001.

Alega, em síntese, que: **a)** não ficou comprovado nos autos o comprometimento do FCVS; **b)** após o julgamento no dia 10.10.2012 dos Embargos de Declaração em Embargos de Declaração no REsp nº 1091393, o STJ voltou a se posicionar no sentido de que a intervenção da CEF na lide apenas pode ocorrer se estiver cabalmente demonstrado que se trata de apólice pública e se houver exaurimento do FESA e prêmios securitários; **c)** *"segundo o STJ, a Caixa só pode intervir no processo se inequivocadamente demonstrar comprometimento do FCVS derivado do risco efetivo de exaurimento do FESA, mesmo estando o contrato vinculado à apólice pública, ramo 66, como no caso em apreço. Mais ainda, o próprio FESA somente será afetado quando exauridos os prêmios percebidos pelas Seguradoras, que em mesma grandiosidade do FESA são superavitários"* (f. 4).

Requer a reconsideração da decisão objurgada ou o provimento deste regimental, para que seja afastada a inclusão da Caixa Econômica Federal no feito e, consequentemente, afastada a remessa à Justiça Federal.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Ao proferir a decisão ora impugnada, externei os seguintes fundamentos:

> *"Trata-se de agravo de instrumento apresentado por Izabel Masias contra a decisão, proferida nos autos da Ação de Responsabilidade Obrigacional Securitária que move em face de Federal Seguros S/A, em que o juiz a quo declarou a incompetência absoluta do juízo e, de consequência, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.*
>
> *A meu ver, o recurso é manifestamente improcedente e está em confronto com entendimento dominante do STJ e desta Corte.*
>
> *Depreende-se dos autos que a agravante ajuizou a referida ação, objetivando receber indenização securitária, com base no seguro habitacional, em decorrência de vícios de construção existentes no imóvel que adquiriu por meio do Sistema Financeiro de Habitação.*
>
> *Pois bem.*
>
> *Inicialmente, vale lembrar que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo da União, suas autarquias e empresas públicas (Súmula nº 150 do STJ).*
>
> *A despeito disso, diferentemente do que alegou a agravante, o STJ, no julgamento dos Embargos de Declaração em Embargos de Declaração no REsp nº 1091393, ocorrido em 10.10.2012, não modificou seu posicionamento sobre a matéria, tanto que o voto condutor, da Ministra Nancy Andrighi, não concedeu efeitos infringentes aos embargos, mas apenas acolheu os embargos para integração do julgado com base nos fundamentos declinados no seu voto.*
>
> *Isto é, o que* ***o STJ decidiu foi que, nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1998 a 29.12.2009 e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66). Além disso, decidiu que o ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas***

também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA.

A ementa do referido julgado ficou redigida da seguinte forma:

'DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei n. 7.682/88 e da MP n. 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66).

2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide.

3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.

4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC.

5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexiste interesse jurídico da CEF para integrar a lide.

6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.' (EDcl nos EDcl no REsp. 1091363/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 14/12/2012).

Com efeito, os requisitos mencionados acima estão preenchidos no presente caso, pois ficou comprovado que o contrato de compra e venda entabulado entre as partes ***se enquadra no Ramo 66*** *(f. 44-47 e f. 66 TJ-MS). Além disso,* ***a CEF comprovou o comprometimento do FCVS*** *(f. 63-66 TJ-MS).*

Diante disso, se o contrato em análise prevê a cobertura do seguro habitacional referente ao Sistema Financeiro de Habitação, ou seja, prevê a apólice pública (Ramo 66), garantida pelo FCVS, hoje administrado pela Caixa Econômica Federal – CEF, e se ficou comprovado o comprometimento desse fundo, a CEF possui interesse na causa, de maneira que a Justiça Federal é mesmo a competente para processar e julgar a ação.

Embora a agravante alegue a inconstitucionalidade da Lei n. 12.409/11, pois violaria o ato jurídico perfeito e a irretroatividade das leis, há de ser afastada essa alegação, visto que referida norma legal não modificou as relações jurídicas anteriores à sua edição.

Sendo a cobertura feita pela apólice pública, com a extinção do Banco Nacional da Habitação – BNH e a criação do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, a administração desse seguro habitacional passou a ser, a partir do ano de 2000 (ano da privatização da IRB), da Caixa Econômica Federal.

A Lei n. 12.409/11 não modificou as relações jurídicas anteriores à sua edição, porque desde o ano 2000 a CEF vem gerindo o SH/SFH, mas apenas deu continuidade à regulamentação das normas pertinentes aos seguros de habitação do SFH.

Tanto é assim que esse seguro habitacional, no decorrer dos anos, foi regulamentado por diversas normas, tais como a Lei n. 4.380/64, os Decretos n. 2.476/88 e n. 2.406/88, a Lei n. 7.682/88, as MP 1.671/98, n. 2.197/43 e n. 478/2009. Por fim, foi editada a MP n. 513/2010, recentemente convertida na Lei n. 12.409/2011.

Com efeito, a Lei n. 12.409/11 não viola o ato jurídico perfeito e a irretroatividade as leis, de maneira que rejeito a alegação de inconstitucionalidade dela.

Para corroborar as teses ora defendidas, cito os seguintes julgados:

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA FEITA PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. SEGURO HABITACIONAL. APÓLICE PÚBLICA (RAMO 66). COMPROMETIMENTO DO FCVS. INTERESSE DA CEF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO NÃO PROVIDO. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1998 a 29.12.2009 e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66), e esse ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do fesa.' (TJMS; AI 4001222-71.2013.8.12.0000; Nova Andradina; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Josué de Oliveira; DJMS 18/04/2013; Pág. 37).

AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO AJUIZADA CONTRA SEGURADORA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. DECISÃO AGRAVADA MANUTENÇÃO. 1.- 'Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009 período compreendido entre as edições da Lei n. 7.682/88 e da MP n. 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66). Ainda que compreendido privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. Ademais, o ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior' (EDCL no EDCL no RESP nº 1.091.363, Relatora Ministra ISABEL Gallotti, Relatora p/acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, data do julgamento 10/10/2012). 2.- Agravo Regimental improvido.' (STJ; AgRg.-REsp. 1.284.349; Proc. 2011/0163831-4; PE; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; Julg. 26/02/2013; DJE 19/03/2013).

Ante o exposto, com assento nas 2ª e 5ª figuras do artigo 557 do Código de Processo Civil, ***nego*** *seguimento a este recurso."* F. 113-117 TJ-MS dos autos em apenso. Destaques no original.

Ao tomar conhecimento da súplica da agravante, tive a oportunidade de novamente analisar as questões postas no recurso originário, mas não me convenci da necessidade de modificar a decisão objurgada.

Conforme demonstrado na decisão recorrida, vale lembrar que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo da União, suas autarquias e empresas públicas (Súmula n. 150 do STJ).

Mesmo que assim não fosse, e diferentemente do que alega a agravante, estão preenchidos os requisitos para inclusão da CEF na lide, pois, além de ter ficado comprovado que o contrato de compra e venda entabulado entre as partes se enquadra no Ramo 66 (f. 44-47 e f. 66 TJ-MS dos autos em apenso), a CEF comprovou o comprometimento do FCVS (f. 63-66 TJ-MS dos autos em apenso).

Com efeito, se o contrato em análise prevê a cobertura do seguro habitacional referente ao Sistema Financeiro de Habitação, ou seja, prevê a apólice pública (Ramo 66), garantida pelo FCVS, hoje administrado pela Caixa Econômica Federal – CEF, e se ficou comprovado o comprometimento desse fundo, a CEF possui interesse na causa, de maneira que a Justiça Federal é mesmo a competente para processar e julgar a ação.

Logo, e considerando que as alegações da agravante não abalam as convicções externadas na decisão ora combatida, esta merece ser confirmada pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço deste agravo regimental, mas **nego-lhe** provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

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

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0002274-14.2011.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE IMPENHORABILIDADE – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – MÉRITO – PROPRIEDADE RURAL DEIXADA EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA DE FINANCIAMENTO AGRÍCOLA – PENHORA INCIDENTE SOBRE O IMÓVEL – CRÉDITO GARANTIDO POR HIPOTECA – EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Não há nulidade da sentença proferida por ausência de fundamentação, haja vista que a sentença recorrida, apesar de concisa, encontra-se devidamente fundamentada, tendo sido apreciado os pedidos formulados na petição inicial com a respectiva exposição de motivos, atendendo-se, assim, aos requisitos legais.

A impenhorabilidade do bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e a prejudicial. No mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de abril de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Raul Carlos Peixoto, Maria do Carmo Barbosa Peixoto e Rubens Carlos Peixoto, inconformados com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação declaratória de impenhorabilidade ajuizada em desfavor do **Banco do Brasil S/A**, em trâmite pela 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul/MS, interpõe recurso de apelação, aduzindo, em preliminar, que a sentença proferida é nula por falta de fundamentação a respeito do pedido alternativo formulado pelo apelado no sentido de excluir a penhora da área destinada a moradia dos apelantes e suas famílias. No mérito, afirmam que o lote rural n. 17 da quadra n. 56, localizado à 5ª linha, município e comarca de Fátima do Sul, com uma área de terras medindo 30,00 hectares, registrada sob o n. 11, folha 299, livro 02-C, à margem da matrícula n. 897, CRI de Fátima do Sul/MS, constritado e avaliado judicialmente em R$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais) é absolutamente impenhorável por dicção constitucional e infraconstitucional ***(art. 1º, III c/c art. 5º, XXXIV, alínea "a", XXXV; LV c/c art. 6º, c/c art. 226,*** *caput*, ***todos da CF e Lei n. 8.009/90)***,

além de ser o único imóvel residencial pertencente aos autores, motivo pelo qual deve ser decretada a impenhorabilidade total do imóvel destinado a moradia dos apelantes.

Asseveram ainda que no caso de não ser acolhida a tese principal de impenhorabilidade total do imóvel rural, há de ser julgada procedente o outro pedido de impenhorabilidade da sede do referido imóvel que serve de moradia aos postulantes.

Pugnam ao final pelo prequestionamento dos dispositivos legais constantes na peça recursal.

O apelado, em contrarrazões, roga pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Cuida-se de recurso interposto contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação declaratória de impenhorabilidade ajuizada por **Raul Carlos Peixoto, Maria do Carmo Barbosa Peixoto e Rubens Carlos Peixoto** em desfavor do **Banco do Brasil S/A**, em trâmite pela 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul/MS.

Preliminar de nulidade do *decisum*.

Aduzem que a sentença proferida é nula por falta de fundamentação a respeito do pedido alternativo formulado pelo apelado no sentido de excluir da penhora da área destinada a moradia dos apelantes e suas famílias.

Inicialmente, cumpre ressaltar que é defeso ao magistrado extrapolar o que foi pedido (decisão *ultra petita*) ou conhecer de questões não suscitadas na lide (decisão *extra petita*). Nesse sentido, o art. 460 do CPC dispõe ser defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Por outro lado, a Constituição Federal prevê em seu artigo 93, inciso IX, que todas as decisões deverão ser fundamentadas, não determinando, entretanto, que o julgador tenha de responder a todos os argumentos apresentados pela parte para demonstrar o seu convencimento.

Esse é o entendimento:

> *"A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento.* (STF - 2ª Turma, AI 162.089-8-DF-AgRg., Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.95, negaram provimento, v.U., DJU 15.3.96, p. 7.209)." (Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 40ª ed., 2008: Saraiva, p. 545).

A esse respeito, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Decisão ausente de fundamentação não se confunde com fundamentação deficiente ou concisa. Tendo em vista o escopo do aproveitamento dos atos processuais que rege o processo civil moderno, apenas a primeira, porque traduz error in procedendo do magistrado, violador de direito cogente de relevância pública, manifesta-se absolutamente nula. Não padece de invalidade o ato agravado, o qual, embora sucinto, assenta-se em entendimento harmônico e suficiente à prestação jurisdicional invocada [...]".* (Agravo Regimental no Recurso Especial, n. 317012/RJ, Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma).

> *"O órgão judicial, para expressar os fundamentos e convicção dos julgadores, não precisa aduzir comentários amplos ou exaustivos versando todos os argumentos articulados pelas partes. É suficiente a motivação pronunciada sobre questões de fato e de direito para resolver o litígio, oferecendo a prestação jurisdicional pedida (art. 458, II, CPC)."* (STJ, REsp. n. 105.543, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, J: 22.6.98).

In casu, como se vê, pretendem os apelantes nulificar a sentença por falta de fundamentação ante a ausência de pronunciamento a respeito do suposto pedido formulado pelo apelado em sede de contestação. No entanto, não se visualiza nenhum pedido contraposto formulado na contestação que, aliás, caso realizado, deveria ser por reconvenção. Mas ao contrário do que sustentado na impugnação à contestação e nas razões recursais, percebe-se que a tese principal do apelado é pela improcedência do pedido autoral no sentido de que é autorizada a penhora do bem de família quando dado, pelo casal ou entidade familiar, em garantia hipotecária da dívida executada e, *ad argumentandum tantum,* ainda que assim não fosse o apelado aduziu que a impenhorabilidade deveria ser restrita às sedes das moradias, com os respectivos móveis (cerca de 300 metros quadrados, mais ou menos, para cada residência) (f. 87).

Em outro viés, não consta nenhum pedido nesse sentido formulado pelos autores na petição inicial, assim não há nulidade a invalidar a sentença proferida ante a impossibilidade de apreciar suposto pedido formulado na contestação, na forma dos arts. 462, 128 e 460 do CPC.

Por fim, inexiste falar em omissão do julgado em apreciar tal questão, pois como dito alhures, não há pedido autoral formulado na inicial nesse sentido e muito menos pedido reconvencional.

Portanto, se o julgador fundamentou concisamente as suas razões de decidir, muito embora não tenha atendido às expectativas dos apelantes e observou os limites da lide quando do julgamento, não há que se falar no vício em questão.

Desta feita, rejeito a indigitada preliminar.

Passo à apreciação do mérito.

Os apelantes afirmam que o lote rural n. 17 da quadra n. 56, localizado à 5ª linha, município e comarca de Fátima do Sul, com uma área de terras medindo 30,00 hectares, registrada sob o n. 11, folha 299, livro 02-C, à margem da matrícula n. 897, CRI de Fátima do Sul/MS, constritado e avaliado judicialmente em R$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais) é absolutamente impenhorável por dicção constitucional e infraconstitucional ***(art. 1º, III c/c art. 5º, XXXIV, alínea "a", XXXV; LV c/c art. 6º, c/c art. 226,*** *caput,* ***todos da CF e Lei n. 8.009/90)***, além de ser o único imóvel residencial pertencente aos autores, motivo pelo qual deve ser decretada a impenhorabilidade total do imóvel destinado à moradia dos apelantes.

Para a solução da controvérsia, faz-se necessária a análise de alguns dispositivos legais que regulam a matéria, bem como o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

A Lei n. 8.009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família, disciplina que:

> *"Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.*
>
> *Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.*

> *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;*
>
> *Art. 4º [...]*
>
> *§ 4º - Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural."*

Note que a Lei faz menção à possibilidade de penhora, como exceção, do bem de família, quando se tratar de execução em que a penhora recaiu sobre imóvel dado em garantia hipotecária pelo devedor.

Assim, verifica-se, a princípio, que a lei disciplina uma regra geral ("o bem de família é impenhorável"), da qual, quando excepcionada, deve ser feita de forma restritiva, ou seja, a oposição da impenhorabilidade só é possível se o bem hipotecado foi oferecido pelo casal ou entidade familiar e em seu próprio benefício.

É que na interpretação da lei que restringem direitos não pode, de maneira alguma, ser feita uma analogia *in malam partem*, ou seja, a interpretação, no caso, deve ser restritiva, visto que se trata de uma exceção.

Dessa forma, ao analisarmos os dispositivos supracitados, conjuntamente com o inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal ***(XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;)***, que trata da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, temos que a Lei exige para configuração da exceção que permite a penhora do bem de família, dois requisitos: ***que a hipoteca tenha sido feita em razão de dívida contraída pela própria família (ou casal) e em seu próprio benefício.***

No caso em apreço, resta incontroverso que a dívida executada é proveniente de financiamento agrícola destinado ao imóvel rural de propriedade dos apelantes *(custear lavoura de soja no período agrícola de agosto de 1997 a junho de 1998 - f. 152)*, sendo que a referida área foi hipotecada a fim de garantir a dívida (f. 97).

Com efeito, a hipótese amolda-se à exceção prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, segundo a qual, a impenhorabilidade de bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real ou pela entidade familiar.

Ao que se constata, a letra da lei preceitua que o bem de família oferecido pelo devedor em garantia hipotecária por obrigação decorrente de empréstimo, ainda que único, responde pelas obrigações advindas do inadimplemento do contrato.

O fato de o imóvel rural ser utilizado como residência pela família dos devedores não tem o condão de obstar a consecutiva penhora. Afinal, o caso em questão refere-se à hipoteca sobre imóvel oferecido como garantia real pelos devedores, ora apelantes, hipótese que se amolda nas exceções de impenhorabilidade previstas pela Lei n. 8.009/90, *in verbis*:

> *"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".

Assim, uma vez que a constituição da hipoteca deu-se com observância de todas as regras legais pertinentes, e reflete plenamente a autonomia da vontade das partes envolvidas, não há fundamento para a declaração de sua nulidade.

Não se pode olvidar que a satisfação do crédito é interesse igualmente relevante e protegido pelo ordenamento jurídico, de modo que a instituição do bem de família não pode representar óbice intransponível para o fiel cumprimento de débito, sob pena de premiar-se o inadimplemento em detrimento do exercício regular de direito.

De outro norte, ainda que não existissem outros imóveis em nome dos executados, tem-se que o bem dado em garantia de hipoteca pode ser penhorado.

Assim decidiu em caso semelhante o STJ:

> *"CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE. 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei n. 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo."* (REsp. 1141732/SP. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 09/11/2010).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Sodalício:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO HIPOTECÁRIA - BEM IMÓVEL OFERECIDO EM GARANTIA DO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA - EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º DA LEI 8009/90 - AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA - VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite do processo de execução por ele sofrida, em razão de inadimplemento de obrigação positiva e líquida, em seu termo. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado quando de seu oferecimento em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade, nos termos do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. Falta ao devedor, no caso, com um dos deveres de conduta na execução do contrato,*

> *também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela, que correspondem à boa-fé objetiva com que deve se portar no cumprimento da obrigação. Quebra essa regra o devedor que obtém o financiamento em razão da garantia hipotecária dada ao credor, e posteriormente opõe exceção de impenhorabilidade do bem, com a pretensão de livrá-lo da constrição judicial, ato que se caracteriza como venire contra factum proprium, repudiado pelo ordenamento jurídico. Recurso conhecido e improvido."* (Agravo n. 2011.022079-2/0000-00 – Dourados, Quarta Turma Cível, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Publicação: 01/09/2011, n. Diário: 2495) frisei.

Portanto, se a hipoteca foi constituída sobre o imóvel por livre e espontânea vontade dos apelantes, não me parece correto que agora, depois de inadimplida a obrigação, venham alegar impenhorabilidade do bem, por se tratar de residência da família.

Ademais, a própria Lei 8.009/90 estabelece as exceções à impenhorabilidade, o que permite concluir que o fundamento da dignidade da pessoa humana, por si só, não é suficiente para sustentar as alegações que o imóvel não pode ser objeto de penhora, pois mesmo na hipótese do art. 3º, o princípio da dignidade da pessoa humana ainda persiste.

Em outra insurgência, asseveram que em não sendo acolhida a tese principal de impenhorabilidade total do imóvel rural, há de ser julgada procedente o outro pedido de impenhorabilidade da sede do referido imóvel que serve de moradia aos postulantes.

Nesse desiderato, correta a sentença que admite que a legislação pertinente ao Bem de Família, ao disciplinar as exceções à impenhorabilidade de certos bens, entre os quais se encontra a pequena propriedade rural (art. 4º, § 2º), estipula como não albergada pela impossibilidade de constrição as dívidas nas quais o próprio bem de família é dado como garantia de seu inadimplemento, razão pela qual improcede integralmente a pretensão formulada na petição inicial.

Ademais, como dito quando da análise da preliminar, tal pedido não foi formulado expressamente na peça exordial, motivo pelo qual impossibilita o magistrado de tecer comentário a respeito.

Por fim, as questões trazidas à apreciação encontram-se suficientemente debatidas, sendo desnecessária, portanto, a manifestação expressa no acórdão sobre dispositivos legais prequestionados, mesmo porque o *decisum* encontra-se fundamentado na firme jurisprudência das Cortes Superiores.

Conclusão.

Com tais razões, conheço do recurso, rejeitando a preliminar de nulidade do *decisum* por ausência de fundamentação e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e a prejudicial. No mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 04 de abril de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0032050-52.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA DE CONDOMÍNIO – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – IMÓVEL ALIENADO MEDIANTE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO – LEGITIMIDADE PASSIVA CONCORRENTE ENTRE PROPRIETÁRIO E PROMITENTE COMPRADOR – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONDOMÍNIO SOBRE A ALIENAÇÃO DO IMÓVEL – NÃO-OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE DO PROMITENTE-VENDEDOR -RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Fica caracterizada a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de maio de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Unicard Banco Múltiplo S.A. interpõe recurso de apelação contra decisão singular que julgou procedente a ação de cobrança formulada pelo **Condomínio Conjunto Universitário II**, condenando-o ao pagamento do valor das taxas condominiais relativas ao período compreendido entre as datas de 10.06.2008 e 10.06.2012, bem como até a data do pagamento do débito pelo requerido, com a incidência da correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do vencimento, dos juros de mora de 1% ao mês e da multa indicada na inicial.

Em suas razões recursais, o apelante assevera ser parte ilegítima para figurar polo passivo do feito, tendo em vista que no dia 14.07.1994 alienou o imóvel para Felix Senzano Queiroz mediante contrato de compra e venda.

Assim, requer se digne a reforma da sentença singular, afastando a responsabilidade imputada ao banco apelante, reconhecendo a sua ilegitimidade para responder à presente demanda, extinguindo-se o feito, sem resolução de mérito, quanto a este, nos termos do art. 267, VI, CPC.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Unicard Banco Múltiplo S.A. interpõe recurso de apelação contra decisão singular que julgou procedente a ação de cobrança formulada pelo **Condomínio Conjunto Universitário II**, condenando-o ao pagamento do valor das taxas condominiais relativas ao período compreendido entre as datas de 10.06.2008 e 10.06.2012, bem como até a data do pagamento do débito pelo requerido, com a incidência da correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do vencimento, dos juros de mora de 1% ao mês e da multa indicada na inicial.

Em suas razões recursais, o apelante assevera ser parte ilegítima para figurar polo passivo do feito, tendo em vista que no dia 14.07.1994 alienou o imóvel para Felix Senzano Queiroz mediante contrato de compra e venda.

Assim, requer se digne a reforma da sentença singular, afastando a responsabilidade imputada ao banco apelante, reconhecendo a sua ilegitimidade para responder à presente demanda, extinguindo-se o feito, sem resolução de mérito, quanto a este, nos termos do art. 267, VI, CPC.

Tenho que não assiste razão à apelante.

A conjugação dos artigos 9º e 12, ambos da Lei 4.591/1964, bem como a previsão do parágrafo segundo do artigo 1.334 do Código Civil, permitem concluir que o condômino a quem a lei impõe o dever de contribuir com as despesas do condomínio é o proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário dos direitos pertencentes à aquisição da unidade autônoma.

Dessa forma, é induvidoso que a Lei 4.591/64 confere ao condomínio a faculdade de dirigir a ação de cobrança de taxas condominiais tanto contra aquele em nome de quem o imóvel estiver registrado no ofício imobiliário, quanto contra o promitente comprador, o cessionário ou promitente cessionário do imóvel.

Contudo, os Tribunais pátrios tem reconhecido a legitimidade do promitente comprador para figurar no pólo passivo da ação de cobrança de taxa de condomínio, desde que reste demonstrado nos autos a efetiva posse do adquirente sobre o bem e que o Condomínio tenha conhecimento da alienação, ainda que inexista registro do contrato perante a matrícula do imóvel.

Sobre a questão, trago recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE TAXAS DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPROVAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONDOMÍNIO QUANTO À ALIENAÇÃO DO IMÓVEL.*
>
> *1. Na hipótese de existência de promessa de compra e venda, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente comprador quanto sobre o promissário vendedor, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.*
>
> *2. Não havendo comprovação da posse do promitente comprador nem da ciência do condomínio quanto à alienação do imóvel, deve-se reconhecer a legitimidade passiva do promissário vendedor para compor o pólo processual.*

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 1337466/MG - 2010/0138946-6 – Min. João Otávio de Noronha – J. em 17/05/2011).

In casu, muito embora tenha ocorrido alienação do imóvel, conforme consta do contrato de compromisso de compra e venda (f. 65/74), observa-se que o Condomínio não fora informado sobre tal circunstância, tanto que todos os boletos de cobrança foram emitidos em nome da apelada, devendo, assim, ser considerada parte legítima para ação de cobrança que pleiteia a taxa de condomínio.

Ora, não se pode deduzir que o Condomínio tinha ciência da transferência do imóvel para outrem, pois a pessoa pode estar ocupando o imóvel a título de locação ou até por comodato gratuito.

Portanto, fica caracterizada a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado.

Nesse sentido:

"CIVIL. RESP. AGRAVO REGIMENTAL. CONDOMÍNIO. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. COTAS EM ATRASO. COBRANÇA FEITA AO ANTIGO CONDÔMINO. IMÓVEL ALIENADO MEDIANTE CONTRATO NÃO REGISTRADO. VALORES RELATIVOS A PERÍODO POSTERIOR. FALTA DE COMUNICAÇÃO AO CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO.

Remanesce a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado.

Agravo parcialmente provido para determinar a continuidade do processo em primeiro grau." (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 660.325 - DF (2004/0087545-2), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – J. em 18/08/2005).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DESPESAS CONDOMINAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM – CIÊNCIA DO CONDOMÍNIO SOBRE A TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL – NÃO-OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – RECURSO IMPROVIDO.

Analisando a fundo a questão, entendo que a preliminar de ilegitimidade passiva alegada não encontra fundamentos, visto que, consoante o que foi juntado aos autos, vislumbra-se que o Condomínio não tinha ciência da venda ou transferência do imóvel para terceiros." (Apelação Cível - Sumário - N. 2011.012209-4 - Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli – J. em 17.5.2011)

Como visto, somente poderia ser acatada a preliminar de ilegitimidade neste caso, se houvesse a ciência inequívoca do Condomínio sobre a venda do imóvel, o que não ocorreu.

CONCLUSÃO.

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 23 de maio de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800821-57.2011.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – PEDIDO DE EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO PARA COM EX-ESPOSA – IMPOSSIBILIDADE – O ALIMENTANTE NÃO SE DESINCUMBIU DE DEMONSTRAR A CONDIÇÃO ALEGADA DA ALIMENTADA E A SUA CARÊNCIA FINANCEIRA – VALOR RAZOÁVEL – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE COMPROVADO NOS AUTOS – PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

P. R. dos S. interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Cassilândia que, nos autos da ação de exoneração de alimentos proposta contra M. J. B. dos S. e P. E. B. dos S. , julgou parcialmente procedente o pedido inicial, reduzindo o valor dos alimentos devidos pelo requerente de 7,33 salários mínimos ao mês para 01 salário mínimo e pagamento de plano de saúde para cada requerido.

Em suas razões, afirma o recorrente que não se opõe quanto à condenação da sentença no que se refere ao seu filho Paulo Evangelino Barbosa dos Santos, recorrendo apenas, da parte que o condena ao pagamento de pensão e plano de saúde à sua ex-esposa Maria Joana Barbosa dos Santos.

Embasa seu pedido no binômio necessidade-possibilidade, argumentando que restou claramente demonstrado nos autos que a apelada tem total condição de se manter sem a necessidade de sua pensão, o que já faz há mais de um ano. Destaca o fato da alteração em sua vida financeira, bem como da constituição de uma nova família e, também, de que a recorrida recebeu integralmente a herança de seus pais e seus proventos, não tendo ocorrido qualquer divisão com o apelante, possuindo condições financeiras suficientes para se sustentar, devendo, inclusive, ser condenada nas penas de litigância de má-fé, uma vez que alterou a verdade dos fatos para ser beneficiada com a assistência judiciária gratuita. Assim, pede o conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 346-354.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, deixando de apresentar parecer com relação aos autos.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

P. R. dos S. interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Cassilândia que, nos autos da ação de exoneração de alimentos proposta contra M. J. B. dos S. e P. E. B. dos S. , julgou parcialmente procedente o pedido inicial, reduzindo o valor dos alimentos devidos pelo requerente de 7,33 salários mínimos ao mês para 01 salário mínimo e pagamento de plano de saúde para cada requerido.

Em suas razões, afirma o recorrente que não se opõe quanto à condenação da sentença no que se refere ao seu filho Paulo Evangelino Barbosa dos Santos, recorrendo apenas, da parte que o condena ao pagamento de pensão e plano de saúde à sua ex-esposa M. J. B. dos S.

Embasa seu pedido no binômio necessidade-possibilidade, argumentando que restou claramente demonstrado nos autos que a apelada tem total condição de se manter sem a necessidade de sua pensão, o que já faz há mais de um ano. Destaca o fato da alteração em sua vida financeira, bem como da constituição de uma nova família e, também, de que a recorrida recebeu integralmente a herança de seus pais e seus proventos, não tendo ocorrido qualquer divisão com o apelante, possuindo condições financeiras suficientes para se sustentar, devendo, inclusive, ser condenada nas penas de litigância de má-fé, uma vez que alterou a verdade dos fatos para ser beneficiada com a assistência judiciária gratuita.

Inicialmente destaco os ensinamentos de Ruy Barbosa Marinho Ferreira, *in verbis:*

> *"A possibilidade econômica do alimentante, constitui pressuposto essencial da obrigação, conforme indicado pelo artigo 1.694, §1º do CC:*
>
> *'Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.'*
>
> *Uma vez que, seria injusto imputar obrigação ao alimentante, e sacrificá-lo, com privações, para que este socorra o parente necessitado de alimentos.*
>
> *Desta forma, quanto à mutabilidade do* ***quantum*** *do valor fixado, da pensão alimentícia, pode sofrer variações, como observa, Maria Helena Diniz, ao dizer que: 'o valor da pensão alimentícia pode sofrer variações quantitativas ou qualitativas, uma vez que é fixado após a verificação das necessidades do alimentando e das condições financeiras do alimentante: assim, se sobrevier mudança na forma de quem a paga ou na de quem a recebe, poderá o interessado reclamar ao magistrado, provando os motivos de seu pedido, conforme as circunstâncias: exoneração, redução ou majoração do encargo' (23)* (Conforme Maria Helena Diniz, em sua obra, Código civil anotado, ed. Saraiva, 8ª. Ed., 2002)." (Manual Prático de Alimentos. Ed. Edijur. 1ª ed. 2008. Pg. 96).

Pois bem. Como é sabido, a modificação das condições econômicas ou de necessidade das partes constitui elemento condicionante para o pleito de redução, majoração ou exoneração de alimentos, conforme o previsto em nosso Diploma Civil:

> *"Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo."*

Sobre o tema, pertinente a lição de Yussef Said Cahali:

> *"A lei não estabelece, nem deveria fazê-lo, quais os elementos que devem ser objetivamente considerados para a constatação da mudança de situação econômica das partes, bastantes para justificar a revisão ou a exoneração; relega-se a sua apreciação para o juízo de fato, valorativo das provas que se produzirem.*
>
> *[...]*
>
> *Na ação exoneratória ou de redução de alimentos, a alegação de impossibilidade de pagar a pensão fixada reclama prova irrefutável e convincente; "não basta que o alimentante sofra alteração na sua fortuna para justificar a redução da prestação alimentícia; é necessário que a alteração seja de tal ordem que torne impossível o cumprimento da obrigação; do contrário, tal alteração será irrelevante".*

No caso dos autos, o cerne da questão passa pela possibilidade ou não da manutenção do valor arbitrado a título de pensão alimentícia do apelante para com sua ex-esposa, ora apelada, devendo a análise do caso ater-se ao binômio necessidade e possibilidade das partes.

Inicialmente vejamos o art. 1.694 e parágrafos do Código Civil que possibilita aos parentes, cônjuges ou companheiros pedirem alimentos de que necessitem, observando precipuamente a necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Vejamos:

> *"Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*
>
> *§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.*
>
> *§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia."*

Analisando detidamente os autos, não vislumbrei a circunstância narrada pelo ora recorrente, no sentido de que este não tem condições de arcar com o pagamento integral estipulado pela juíza *a quo* de um salário mínimo e plano de saúde, já inferior ao arbitrado inicialmente, qual seja, 7,33 salários, pois não trouxe aos autos nenhuma prova de que, apesar da alteração das suas condições, de que não pode arcar com mais nada ou mesmo de que a apelada teria condições de arcar sozinha com suas despesas. Ao contrário, a própria recorrida comprovou nos autos que não possui condições financeiras suficientes para seu sustento e de seu filho que, apesar de ter atingido a maioridade, é especial e necessita de cuidados específicos.

Logo, tenho que o recorrente não conseguiu de desincumbir do ônus que lhe competia, qual seja, demonstrar fato constitutivo de seu direito de que, realmente não tem como arcar com o pagamento determinado. É o que preceitua o art. 333, I, do CPC:

> *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
>
> *II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

Assim, não comprovadas as alegações do recorrente de que a apelada possui ótima condição financeira em razão de herança deixada por seus pais, considerando os depoimentos das testemunhas que

apontam para a necessidade de referido pagamento e, comprovadas por ela mesma as suas necessidades, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Peço *venia* para destacar ainda, a fundamentação da sentença objurgada, com a qual coaduno em todos os seus termos:

> *"Inicialmente cumpre destacar a necessidade dos requeridos em receber alimentos do autor ainda permanece, pois ambos possuem necessidades com despesas básicas e principalmente de saúde, que no caso da co-ré Maria, decorre de fatos inerentes à sua idade, conforme mencionam as testemunhas ouvidas neste Juízo (fls. 238-247), sendo que, diferentemente do que sustenta o autor, os imóveis que Maria teria recebido de doação, foram vendidos ainda na constância do casamento e outros foram doados aos filhos, conforme documentos de fls. 164-199.*
>
> *Já no caso do filho do autor, a necessidade permanece, tendo em vista que o mesmo é incapaz, tanto que se trata de pessoa interditada e necessita constantemente de tratamento de saúde, além de outras necessidades básicas, tudo conforme afirmam as testemunhas ouvidas em Juízo e conforme atestam os documentos juntados por ocasião da contestação.*
>
> *Em que pese a necessidade dos alimentos, a possibilidade do alimentante em arcar com os alimentos fixados anteriormente não mais subsiste.*
>
> *Alegou o alimentante, em síntese, que quando da fixação dos alimentos em favor dos requeridos, gozava de boa situação financeira, eis que sua empresa estava no auge, sendo que dela auferia bons lucros.*
>
> *Todavia, diante da vasta prova apresentada pelo autor, não há como ignorar que houve significativa redução na sua situação financeira, principalmente pelo insucesso de sua empresa, que gerava bons lucros, que chegou a falir.*
>
> *Seja por má administração dos bens, por insucesso nos investimentos em que foram realizados pelo autor, ou por qualquer outro motivo que seja, o fato é que não há provas de que ele, tenha as mesmas condições que antes possuía.*
>
> *Conforme destacado detalhadamente pelo Ministério Público, em sua manifestação nas fls. 303-307, houve grande redução na renda da empresa do autor, até que ela veio a falir e este teve que fechar suas portas.*
>
> *Então, constata-se estar provado que o autor não é mais empresário, como antes, e que atualmente, trabalha como autônomo, conforme destacam as testemunhas por ele arroladas nas fls. 280-285.*
>
> *No entanto, o fato de ter o autor passado de empresário trabalhador autônomo, não justifica a redução dos alimentos em patamar como se pede na inicial e nem a exoneração dos alimentos da co-ré Maria, pois como já destacado, a necessidade desta ainda persiste.*
>
> *Dispõe o Código de Processo Civil, no Art. 333, que ônus da prova incube ao autor, quanto ao fato essencial ao seu direito.*
>
> *Pelas provas analisadas, principalmente documental, constata-se haver elementos que confirmem a redução da riqueza, alegada pelo autor na inicial.*
>
> *Já em relação ao que disse os requeridos, em sua contestação, observa-se que estão provados: a necessidade do alimentados. Não provou os requeridos, que o autor atualmente, tenha renda superior a que se diz receber no pedido inicial.*

> *Logo, constata-se que o requerido possui situação financeira, mais ínfima daquele que possuía, quando da fixação dos alimentos.*
>
> *No entanto, não se pode dizer que sua renda como autônomo é insuficiente para suportar o pagamento dos alimentos aos requeridos.*
>
> *De acordo com a documentação trazida aos autos e pelos depoimentos testemunhais, não há como acatar o pedido do autor redução para 50% do salário mínimo -, eis que, analisando o binômio necessidade-possibilidade, entende-se que os alimentos no patamar de 01 salário mínimo e convênio médico para cada requerido, traduzem que o requerente pode cumprir, sem maiores sacrifícios e atende às necessidades dos requeridos."*

Quanto ao pedido de condenação da recorrida nas penas por litigância de má-fé, entendo que nada há nos autos que tenha ultrapassado os limites do exercício regular do direito e permita o enquadramento da conduta da mesma em uma das hipóteses taxativas elencadas no artigo 17 do Código de Processo Civil, que pressupõe o propósito deliberado da parte em causar prejuízo processual ao *ex adverso*, por meio de expedientes temerários e maliciosos que se revelam contrários ao dever de lealdade processual que deve orientar a conduta daqueles que participam do processo, conforme preconiza o artigo 14, inciso II, da codificação processual civil e, que da sua conduta resulte prejuízo processual a parte adversa, não havendo comprovação de nenhuma delas.

De outro norte, *"[...] Na litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na Lei visa a compensar"* (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 30.06.97, p. 30.890).

Assim sendo, não restando evidenciada nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do CPC, é incabível a condenação da apelada por litigância por má-fé.

Ante o exposto e sem mais delongas, conheço do recurso mas, **nego-lhe provimento,** mantendo inalterada a sentença proferida pelo juízo singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de abril de 2013.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 0018061-89.2006.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR – INSPETOR DE POLÍCIA – COMPANHEIRA – UNIÃO ESTÁVEL – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA AFASTADAS – PENSÃO POR MORTE – RATEIO COM EX-CÔNJUGE – POSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O direito ao recebimento de pensão dentro do quinquênio que precede a propositura da ação é imprescritível.

Não ocorre a decadência quando o pedido é pleiteado dentro dos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

A companheira concorre em igualdade de condições com a ex-cônjuge no recebimento da pensão por morte do companheiro falecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, rejeitar as preliminares e conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de junho de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de *mandado de segurança* impetrado por Sirlene Aparecida da Silva contra ato atribuído ao Sr. Secretário de Estado de Gestão Pública de Mato Grosso do Sul, que lhe negou o benefício de pensão por morte na condição de companheira do servidor Militão Queiroz, inspetor de polícia falecido em maio de 1994, com quem mantinha união estável e teve um filho.

Defende ter direito à pensão na condição de companheira, eis que a Constituição Federal atribui à união estável *status* de entidade familiar, e que o falecido não tinha esposa na época do óbito, de sorte que a existência do filho comum que já recebe o benefício importaria em seu direito à pensão reclamada.

A liminar foi indeferida (f. 23-7).

O Estado de Mato Grosso do Sul (f. 33/42) requereu seu ingresso na lide e prestou informações suscitando preliminar de prescrição. No mérito, alega que a impetrante não se enquadrava no rol dos beneficiários do *de cujus*, e vem efetuando o pagamento à esposa do falecido, Sra. Maria Abadia de Queiroz.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (f. 47/51), fato que se concretizou ao ser submetida ao julgamento desta Terceira Seção Cível (f. 59-62).

Interposto Recurso Ordinário (f. 64-71), a Min. Maria Thereza de Assis Moura desconstituiu o acórdão e determinou o retorno dos autos para a formação do litisconsórcio passivo necessário com a citação da ex-esposa do servidor (f. 110-2).

Devidamente citada, Maria Abadia de Queiroz manifestou-se às f. 149-53 alegando decadência, prescrição e ser a legítima detentora desse direito com reconhecimento na via administrativa pelo instituto previdenciário em que está vinculada, sendo que a impetrante não comprovou a qualidade de companheira do falecido.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pela concessão de segurança (f. 171-7).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Conforme relatado, a impetrante se insurge contra ato atribuído ao Sr. **Secretário de Estado de Gestão Pública de Mato Grosso do Sul**, que lhe negou o benefício de pensão por morte na condição de companheira do servidor Militão Queiroz, inspetor de polícia falecido em maio de 1994, com quem mantinha união estável e teve um filho.

Admite-se o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul na qualidade de litisconsorte.

Das preliminares – prescrição arguida pelo Estado e a litisconsorte.

Alega-se que a pretensão estaria prescrita, pois ultrapassados cinco anos entre a data do falecimento do servidor (26/05/1994) e o ajuizamento da presente segurança (27/10/2006).

O argumento não prospera.

Com efeito, a impetração não se destina a obter o pagamento da pensão desde o óbito, mas, sim, o reconhecimento do direito de recebê-la, o qual é imprescritível, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes precedentes:

> *"EMBARGOS DE DIVERGENCIA. PENSÃO PREVIDENCIARIA. NÃO PRESCREVE O DIREITO AO BENEFICIO DA PENSÃO PREVIDENCIARIA QUE TEM CARATER ALIMENTAR, LIMITANDO A PRESCRIÇÃO AS PRESTAÇÕES ANTERIORES AO QUINQUENIO QUE PRECEDE A PROPOSITURA DA AÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGENCIA REJEITADOS.* (EREsp. 23.627/RJ, Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO, 1ª Seção, j. 25.06.1997).
>
> *PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO DEIXADA PELO FALECIMENTO DO COMPANHEIRO. PRESCRIÇÃO.*
>
> *I - O DIREITO AO RECEBIMENTO DA PENSÃO É IMPRESCRITIVEL, PRESCREVENDO-SE, APENAS, AS PARCELAS QUINQUENAIS ANTERIORES A CITAÇÃO. PRECEDENTES DO S. T. J.*
>
> *II - INAPLICAÇÃO A ESPÉCIE DO ART. 1. DO DECRETO N. 20.910, DE 1932. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO CONFIGURADO.*

> *III - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO."* (REsp. 12.409/SP, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, 2ª Turma, j. 23.08.93).

Diante do exposto, **voto por se rejeitar** esta preliminar.

Mérito.

Prejudicial de mérito – decadência suscitada pela litisconsorte.

Estabelece o artigo 23 da Lei 12.016/09: *O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.*

Na hipótese, a impetrante tomou conhecimento do ato apontado como coator através do Diário Oficial do dia 02/08/06 com a publicação do indeferimento do pedido da referida pensão (f. 21).

Logo, como a impetração da segurança se deu em 27/10/06 (f. 02), ou seja, 86 dias após, não há falar na ocorrência do instituto.

Inobstante anteriormente tenha me posicionado pela denegação da ordem, melhor analisando a questão vejo que ela deve ser concedida.

A Lei 204/80, vigente à época, previa como dependentes do segurado:

> *"Art. 8º Consideram-se como dependentes, para efeito desta Lei:*
>
> *I – a esposa, o marido inválido e os filhos solteiros de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos;*
>
> *II – a companheira mantida há mais de 5 anos;".*

No caso, a impetrante comprova através de sentença judicial (f. 12-5) que à época do falecimento do servidor (26/05/94 – f. 16) vivia em regime de união estável com ele desde 1986, ou seja, há (oito) 8 anos, preenchendo assim o requisito previsto quanto ao lapso exigido.

A despeito de o artigo 9º da referida norma prever que "*A existência de dependentes em qualquer das classes previstas nos incisos I, VI e VII do artigo 8º, exclui do direito aos benefícios pecuniários os demais dependentes,"* tem-se que na hipótese a regra deve ser relativizada, porquanto restou comprovada a união estável.

Ademais, o fato de o falecido possuir esposa, por si só, não é suficiente para afastar o pleito inicial, pois, de acordo com a sentença prolatada na ação de reconhecimento de união estável (f. 14), Maria Abadia de Queiroz/litisconsorte à época do óbito do servidor, já estava dele separada de fato há muito tempo, e seu direito a pensão por morte só foi reconhecido por constar como dependente do *de cujus* em seus registros funcionais (f. 163), bem como diante da ausência de separação judicial.

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo casado, é possível o reconhecimento da união estável com outra pessoa, desde que provada a separação de fato, o que ocorreu neste caso. Veja-se:

> *"CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. COMPANHEIRO CASADO. No caso de pessoa casada a caracterização da união estável está condicionada à prova da separação de fato. Agravo regimental não provido."* (AgRg no Ag 670502/RJ – Terceira Turma - Rel. Min. Ari Pargendler – j. Em 19.6.2008).

É também posicionamento já sedimentado que não prevalece ordem de preferência entre ex-esposa e companheira, reconhecendo o direito de divisão da pensão por morte em partes iguais.

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO. EXTENSÃO DA RES JUDICATA À ADMISSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *[...]. 4. No caso de pensão por morte, é possível o rateio igualitário do benefício entre a ex-esposa e a companheira de servidor falecido.*
>
> *5. O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento.*
>
> *6. A vigência de matrimônio não é empecilho para a caracterização da união estável, desde que esteja evidenciada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não é a hipótese dos autos.*
>
> *[...]."* (RMS 30.414/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 17/04/2012). (destacado).
>
> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. PENSÃO. COMPANHEIRA. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. RATEIO COM EX-CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 1º DA LEI 8.917/94. SEPARAÇÃO DE FATO. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que 50% da pensão por morte de militar é devida aos filhos e a outra metade deve ser dividida entre a ex-esposa e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas.*
>
> *2. Nos casos em que estiver devidamente comprovada a união estável, a ausência de designação prévia de companheira como beneficiária não constitui óbice à concessão de pensão vitalícia. Precedentes.*
>
> *3. Reconhecida a separação de fato do militar e sua ex-esposa com base no contexto probatório carreado aos autos, é vedada, em sede de recurso especial, a reforma do julgado, nos termos da Súmula 7/STJ.*
>
> *4. Recurso especial conhecido e improvido."* (REsp. 544803/RJ; Recurso Especial 2003/0106315-7 - Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 28.11.06). (Destacado).

Em caso semelhante decidiu este Sodalício:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – PREVIDENCIÁRIO, PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA – EXCLUSÃO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE SER ELA DE CLASSE INFERIOR AOS DESCENDENTES, SEM DIREITO À METADE DA PENSÃO DEVIDA – ILEGALIDADE.*
>
> *A união estável é equiparada ao casamento, por força do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Possuindo o Estado-membro competência legislativa concorrente com a União, que edita normas gerais, e estando estabelecido na legislação federal que a companheira concorre em igualdade de condições com os descendentes no recebimento*

da pensão por morte do companheiro, não pode a legislação estadual disciplinar de forma diferente, por ofensa aos artigos 24, XII, § 4º, 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, notadamente porque o próprio Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei n. 2.207/00, que instituiu seu regime previdenciário, em que estabeleceu, no artigo 6º, I, que o cônjuge, companheiro ou companheira, bem assim como os filhos solteiros, fazem jus à pensão por morte do servidor público estadual, sem exclusão de uns em relação aos outros.

O artigo 9º da Lei 204/80, enquanto esteve vigente, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ferindo o princípio da isonomia, tratado na magna carta federal qualquer disposição que estabeleça distinção, hierarquia ou subordinação entre o companheiro e os descendentes do de cujus, para recebimento dos benefícios da previdência social estatal.

Mandado de segurança julgado procedente para assegurar à impetrante o direito de receber pensão por morte de seu companheiro, a ser rateado com a descendente, e com ordem para as autoridades impetradas incluírem a impetrante como dependente de seu falecido companheiro." (Mandado de Segurança n. 2006.006676-9/0000-00 – Capital - Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins – 14.08.06 – 2ª Seção Cível TJ/MS).

Logo, restando demonstrado que a impetrante comprovou a existência da união estável com o servidor, possui direito líquido e certo em receber a pensão por morte em rateio com a ex-cônjuge tendo em vista que o vínculo matrimonial na data do evento não havia sido extinto.

Conclusão.

Diante do exposto, em consonância com o parecer da PGJ, **voto** por se conceder a segurança, a fim de determinar que a pensão por morte do servidor Militão Queiroz seja rateado igualitariamente entre a impetrante Sirlene Aparecida da Silva e a litisconsorte/ex-cônjuge Maria Abadia Queiroz, com efeitos a partir da intimação desta decisão, momento em que o Poder Público terá ciência do reconhecimento do direito ao benefício, já que vinha procedendo de acordo com a lei e as informações constantes no cadastro do servidor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Josué de Oliveira e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 17 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0065685-29.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA REALIZADA EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO E MÉDICO NÃO COOPERADO – URGÊNCIA CARACTERIZADA – NEGATIVA DE COBERTURA – DANOS MORAIS AFASTADOS – MERO DISSABOR – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O plano de saúde não pode negar cobertura de cirurgia e tratamento de urgência ao seu associado.

Mero inadimplemento contratual, por si só, não enseja danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e parcialmente contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. interpõe *apelação* contra sentença (f. 242/250) que, na *ação de indenização por danos morais e materiais* movida por **Lenir Lacava Jardim, Bruno Jardim Arantes e Conrado Carvalho Arantes**, julgou procedentes os pedidos para condená-la ao pagamento: *i* - das despesas suportadas com o tratamento do menor em São Paulo/SP, no valor de R$ 10.158,51 (dez mil cento e cinquenta e oito reais e cinquenta e um centavos), corrigido pelo INPC desde cada desembolso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; e *ii* - de indenização por danos morais em R$ 6.000,00 (seis mil reais), sendo dois mil para cada um dos autores, corrigidos pelo INPC desde a sentença e juros legais da citação. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre a condenação, a cargo da apelante.

Diz que a cirurgia do menor Conrado Carvalho Arantes não era urgente, mas eletiva, não se enquadrando nas exceções do artigo 35-C da Lei 9656/98, tendo à disposição toda a rede conveniada de médicos aptos a atendê-lo tanto em Campo Grande como em São Paulo. Todavia, escolherem um hospital não conveniado e um médico não cooperado que sequer possui a especialidade em urologia pediátrica, devendo assumir a responsabilidade pelos custos não cobertos. Quanto ao dano moral, esclarece que não praticou qualquer ato ilícito, sendo que meros dissabores e percalços do dia a dia não o caracterizam, mormente quando a recusa afigura-se legítima. Requer que este Tribunal se manifeste acerca da nulidade

das *Cláusulas 8.1, item ff* e *16.1* do contrato, porquanto a sentença não o fez de forma clara, gerando dúvidas quanto a sua interpretação. Prequestiona artigos de lei e, ao final, pleiteia o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 289/302.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Os apelados ajuizaram a presente para serem ressarcidos pela Unimed das despesas médico-hospitalares decorrentes da cirurgia realizada no menor Conrado Carvalho Arantes para correção de *hipospádia distal*, realizada no Hospital São José em São Paulo/SP, bem como indenizados pelos danos morais decorrentes da negativa.

O magistrado singular julgou procedentes os pedidos, condenando-a a restituir R$ 10.158,51 (dez mil cento e cinquenta e oito reais e cinquenta e um centavos) pelos gastos com o tratamento e mais R$ 6.000,00 (seis mil reais) por dano extrapatrimonial, insurgindo-se a Unimed com as teses relatadas.

Em parte, razão lhe assiste.

À época, com nove meses de vida, o bebê Conrado Carvalho Arantes apresentou um quadro clínico de defeito congênito da uretra e prepúcio (f. 63), precisando se submeter à cirurgia corretiva, a qual, segundo literatura médica colacionada (f. 8), por ser tecnicamente difícil deve ser realizada por cirurgião experiente, sob pena de apresentar complicações como "*vazamentos (fístula), estreitamentos ou necrose na nova uretra, infecções urinárias e alterações psicológicas."* (f. 8).

A intervenção não foi realizada em Campo Grande, porque, segundo o pediatra Durval Palhares, não havia profissional especialista nesta área, sendo encaminhado ao Dr. Antônio Macedo Júnior, urologista pediátrico de São Paulo (f. 52).

A escolha por médico de outro Estado não se deu ao acaso ou por mero capricho, como quer fazer crer a apelante. Na verdade, diante da constatação de que seu filho necessitava ser operado com urgência e da informação de que não havia cirurgião nesta área na capital, outra alternativa restava senão seguir a orientação do médico Durval Palhares que fez o encaminhamento.

A emergência do caso, como bem salientou o julgador de primeiro grau, decorre do fato de que a idade ideal para realizar a cirurgia é em torno dos seis meses de vida, quando o trauma psicológico é menor e a recuperação e cicatrização dos tecidos são melhores. Como ele já estava com nove meses, patente a urgência em sua realização, revelando-se obrigatória a cobertura de atendimento neste caso, nos termos da Lei 9.656/98[1], *verbis:*

> *"Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:*
>
> *I – de emergência, como definidos os que implicarem risco imediato de vida ou* ***de lesões irreparáveis para o paciente****, caracterizado em declaração do médico assistente." (destacado).*

O próprio Plano de Saúde contratado assegura que as intervenções que busquem evitar lesões irreparáveis ao cooperado são considerados de urgência e emergência:

1 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

> ***"15.1 -*** *A cobertura dos procedimentos de Urgência e Emergência de acordo com a Lei 9.656/98, que implicar em risco imediato de vida ou* ***lesões irreparáveis para o paciente****, incluindo os resultados de acidente pessoais ou de complicações no processo gestacional, deverá reger-se pela garantia de atenção no sentido de preservação da vida, órgãos e funções. Destacado."*

Também não prospera a alegação de que o cirurgião Antônio Macedo não é especialista em urologia infantil, eis que os documentos de f. 65/70 não deixam dúvida acerca da sua formação profissional.

Assim, considerando que a finalidade essencial dos planos de saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação do paciente, não se admite cláusula limitativa de cobertura de tratamento, sob pena de esvaziamento da sua própria razão.

Por outro lado, entende-se que a negativa de prestação do serviço de plano de saúde contratado não gera, por si só, indenização por danos morais, ainda mais quando a recusa se baseia em efetiva discussão de cláusula contratual e se constata que o procedimento cirúrgico foi realizado por médico não cooperado em nosocômio não credenciado.

Acresça-se inexistir nos autos prova de que os apelados tenham experimentado danos que resultassem em transtornos psicológicos relevantes. Na verdade, a atitude da Unimed gerou insatisfação pela não prestação do serviço, fato que, embora lamentável, não desencadeia abalo moral.

Além disso, a recusa não trouxe maiores consequências ao menor Conrado que foi oportuno e eficazmente tratado, de modo que a negativa em reembolsar os gastos representa mero aborrecimento, mormente porque consta dos autos a existência de médico especialista para o tratamento e hospitais conveniados nesta cidade.

A propósito:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO FORA DA COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. APLICAÇÃO DA LEI 9656/98 E DO CDC. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. Há manifesta abusividade na cláusula contratual que prevê a exclusão de materiais ou próteses essenciais ao ato cirúrgico, nos termos do artigo 51 do CDC. Aplicabilidade dos arts. art. 10 e 12, da Lei nº 9.656/98. Precedentes desta Corte. DANOS MORAIS* ***O descontentamento da parte autora quanto à falha na prestação de serviços pela parte ré de negar a cobertura e custeio do procedimento cirúrgico, no caso concreto, restou caracterizado como mero dissabor ou mero desacerto contratual, não podendo ser entendido como dano moral, eis que não violado seus direitos de personalidade."*** (Ap. Cível n. 70034518050, 5ª Câm. Cível, TJRS, Rel. Gelson Rolim Stocker, j. em 20.10.2010). Destacado.

Por fim, não há qualquer dúvida de que a sentença declarou a nulidade das *Cláusulas 8.1, item ff* e *16.1* do Contrato de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares celebrado entre as partes (f. 172/186), tanto que assim observou à f. 248: *"[...] são nulas, nos termos do art. 51, Lei 8.078/90, as limitações impostas pelas Cláusulas 8.1, item ff e Cláusula 16.1 do instrumento de f. 175/186, por colocarem os autores Lenir e Conrado em desvantagem exagerada (inciso IV do referido artigo)."*

De qualquer forma, se tal decisão não constou na parte dispositiva da sentença, e assim entendia devido a apelante, competia-lhe opor embargos de declaração para sanar eventual omissão.

Conclusão.

Diante do exposto, e em parte com o parecer da PGJ, **voto por se dar parcial provimento ao apelo** para afastar a indenização por danos morais.

Por conseguinte, reconhece-se a sucumbência recíproca, devendo as partes arcarem com as despesas processuais em 50% para cada e com os honorários de seu patrono.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E PARCIALMENTE CONTRA O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0077195-39.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SUPERMERCADO – COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM LOCAL INDEPENDENTE – POSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A comercialização de medicamentos em farmácias próprias, de forma independente, localizadas dentro do mesmo espaço, não viola o disposto na Lei 5.991/73.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de maio de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de apelação contra sentença que concedeu a segurança para, confirmando a liminar, determinar a autoridade coatora que inclua no alvará de localização da nova loja da apelada a atividade "comércio, venda, fornecimento e distribuição de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos".

Alega que o artigo 5º da Lei 5.991/73 estabelece que o comércio de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos é privativo das empresas e dos estabelecimentos nela definidos e o rol taxativo previsto no seu artigo 6º não autoriza a comercialização de medicamentos em supermercados. Por fim, requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 276-84.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de mandado de segurança contra ato que indeferiu a inclusão da atividade de comércio varejista de medicamentos e produtos farmacêuticos no seu alvará de funcionamento.

A sentença que concedeu a ordem não merece modificações.

O apelado possui como atividade principal o comércio, no varejo ou atacado, de produtos alimentícios em geral, industrializados ou não, no ramo de supermercado (*Wal-Mart*).

Consta na cláusula 3ª, parágrafo 4º, do contrato social "*Na filial onde for instalada drogaria, em ambiente destacado do salão principal de vendas, para explorar atividade de dispensação de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em suas embalagens originais, a responsabilidade técnica será necessariamente assumida por Farmacêutico Responsável devidamente credenciado e a respectiva área será isolada do restante do estabelecimento por divisórias de material liso, resistente e lavável, resguardando a ventilação adequada e possuindo mecanismos que impeçam a entrada de insetos e roedores, na forma da legislação em vigor.*"

A pretensão posta não viola o disposto na Lei 5.991/73, pois o apelado não defende a comercialização em gôndolas ou na forma tradicional dos demais produtos usualmente vendidos em suas lojas, mas em farmácias próprias, de forma independente, localizadas dentro do mesmo espaço.

Tanto que está explícito na inicial [...] "*não está a defender a comercialização de medicamentos em gôndolas ou na disposição tradicional dos demais produtos usualmente vendidos em suas lojas (produtos alimentícios, de limpeza, de higiene, eletro-eletrônicos etc. Muito pelo contrário, não se discute, nesta ação, que a comercialização de medicamentos e insumos farmacêuticos seja feita exclusivamente por farmácias e drogarias.*" (f. 02).

A propósito:

> *"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRF. EMPRESA DO RAMO DE SUPERMERCADOS. ATIVIDADE SECUNDÁRIA - COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS. FILIAIS DESTACADAS, COM ATIVIDADE SOMENTE FARMACÊUTICA. DIREITO À RENOVAÇÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE.*
>
> *Da mesma forma que a decisão de primeiro grau, entendo que "[...] possuindo as filiais como atividade secundária o comércio varejista de produtos farmacêuticos, em espaço independente e observadas as demais exigências legais, resta evidente o direito líquido e certo da impetrante à renovação da licença junto ao Conselho Regional de Farmácia".*" (TRF 4ª Região, Reexame Necessário Cível 5017440-04.2012.404.7000/PR, Relatora Maria Lùcia Luz Leiria, j. 05.09.2012).

Por fim, é de amplo conhecimento que esse tipo de produto é vendido em ambiente separado, sendo certo que, conforme consta na sentença, inexistem motivos que desautorizam o comércio de medicamentos e insumos farmacêuticos na forma pretendida.

Conclusão.

Diante do exposto, em consonância com o parecer da PGJ, **voto por se negar 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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 21 de maio de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0019436-15.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONTEMPLAÇÃO DE VIAGEM COMO PRÊMIO AO MELHOR DISTRIBUIDOR DOS PRODUTOS DA INDÚSTRIA – VIAGEM AOS ESTADOS UNIDOS COM TODAS AS DESPESAS PAGAS – PROMESSA NÃO CUMPRIDA – FRUSTRAÇÃO AO CONTEMPLADO – DANOS MORAIS DEVIDOS – VALOR COMPATÍVEL – RECURSO IMPROVIDO.

A promessa de prêmio mediante estabelecimento de meta, o cumprimento desta e a frustração daquela *a posteriori,* gera frustração ao ganhador e, por consequência, direito à indenização na esfera extrapatrimonial, a ser paga pela empresa promitente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Laboratório Pfizer Ltda. interpõe recurso de apelação buscando reformar a sentença que, acolhendo pedido contra si formulado por Wilson Rubert, condenou-lhe a indenizá-lo moralmente com o valor de R$ 10.000,00.

Alega que a partir do momento em que o apelado não mais distribuía seus produtos a viagem de visita à sua fábrica era injustificável, daí o acordo, como "*uma tentativa de substituição do prêmio diante da alteração do contexto fático que não mais justificava a concessão de viagem."* (f. 74).

Diz que o valor proposto correspondia com os dispêndios que teria com a viagem do apelado, situação que afasta qualquer conduta ilícita de sua parte, mesmo porque em nenhum momento o apelado fez uma contraproposta e sequer ter tido qualquer prejuízo capaz de abalar sua reputação ou foro íntimo, quando muito mero dissabor, cuja circunstância não dá ensejo a danos morais.

Salienta que o valor arbitrado é desproporcional e abusivo, por corresponder mais do dobro que gastaria com a viagem do apelado, impondo, caso não seja dado procedência integral ao recurso, a redução da condenação.

Contrarrazões às f. 101-104.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Para ser indenizado moralmente, o apelado relatou na peça inicial que:

> *[...] por vários anos manteve relação comercial com a requerida, na distribuição de seus produtos na cidade de Campo Grande [...]*
>
> *Durante o contrato, metas eram impostas aos parceiros, bem como eram concedidas premiações àqueles que atingissem as metas, nos moldes exigidos pela requerida.*
>
> *No ano de 2009 a empresa do autor, que leva o seu nome, foi reconhecida como uma das melhores distribuidoras do País e foi premiado com uma viagem para conhecer a fábrica da Pfizer na cidade de Lincoln, nos Estados Unidos, contemplando o todo o traslado, estadia e acompanhamento na fábrica.*
>
> *Para o autor que é médico veterinário e empresário, era oportunidade única não só de visitar os Estados Unidos, como também de conhecer a estrutura de uma das maiores empresas do ramo de medicamentos do mundo.*
>
> *Após a notícia do prêmio o autor passou a cobrar um posicionamento da requerida quanto a data da viagem, pois precisava providenciar toda a documentação, visto de entrada no País, programar a agenda pessoal e empresarial, o que foi sendo adiado, até que em setembro/2009 as partes rescindiram o contrato de distribuição, sem a entrega do prêmio. [...].*
>
> *Ocorre que em agosto/2011 a requerida envio um termo de acordo, onde propôs ao autor a troca do prêmio pelo valor de R$ 4.500,00, o qual considerava equivalente à viagem e as despesas que teria.*
>
> *Até esse dia o autor ainda almejava receber o prêmio que lhes foi conferido pela requerida, mas com a notícia teve frustradas todas as expectativas de gozar de uma oportunidade única, pela qual trabalhou exaustivamente em prol da requerida e do desenvolvimento da sua marca no estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *O autor ficou indignado com a forma com que foi tratado já que sem qualquer justificativa plausível teve o seu contrato de distribuição desfeito e agora a entrega do prêmio quebrada, como se nada representasse na sua vida pessoal e profissional. [...].*
>
> *Diante desses fatos, vem o autor a juízo requerer a intervenção do estado para dissolver a controvérsia, proferindo julgamento com base no bom senso e no ordenamento pátrio."* (f. 03-04).

Em sua defesa a apelante reconheceu o vínculo com o apelado e a contemplação do prêmio, mas que a rescisão do contrato de distribuição entre eles *"[...] a visita à fábrica se tornou sem propósito, já que não havia qualquer lógica em oferecer este treinamento a uma pessoa que não teria a oportunidade de colocar em prática os ensinamentos que seriam passados, daí ter a apelante* ***com o intuíto de retribuir o Autor pelo desempenho comercial e honrar o prêmio a ele atribuído, a requerida se comprometeu a pagar quantia corresponde aos valores que seriam gastos pela Requerida caso ela fornecesse a referida viagem ao Autor, ou seja, a Requerida arcaria como todos os custos inerentes à viagem à Lincon, com a exceção da visita à Fábrica."*** (f. 31).

Dada a maturidade do feito, a sentença foi proferida (f. 64-70) onde a sentenciante reconheceu o direito do apelado de ser indenizado moralmente, fundamentando que:

> *"[...] é indiscutível que conduta da requerida, gerou induvidosa mácula ao conceito de dignidade do requerente, gerando-lhe inquestionável sofrimento psíquico e moral, passível de reparação.*
>
> *[...] havendo, **in casu**, o dano moral indenizável e sendo este consequência exclusiva da ação injurídica atribuível à requerida, emerge o nexo de causalidade entre a culpa lato sensu e o dano, formando-se o tripé sobre o qual se assenta a sua responsabilidade civil. [...].*
>
> *Ante o exposto, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, **julgo procedente** a pretensão inicial para **condenar** a requerida Laboratórios Pfizer Ltda. a pagar ao requerente Wilson Rubert indenização pelo dano moral causado no valor de **R$ 10.000,00** (dez mil reais), cuja correção monetária será pelo IGPM/FGV, a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), e com juros de mora de 1% ao mês, a partir da rescisão da relação de distribuição havida entre as partes (14/09/2010), por ser o limite que a requerida tinha para conceder o prêmio em questão (Súmula 54 do STJ)."*

A irresignação da apelante é inconsistente.

Tanto é que, quando a apelante encaminhou ao apelado o Instrumento Particular de Acordo, Quitação e Outras Avenças nele consignou:

> *"[...] (iv) que em razão da relação mencionada no item III acima, a Wilson Rubert EPP ganhou no ano de 2009 como prêmio por ser considerado um dos melhores distribuidores daquele ano, uma viagem para a Cidade de Lincoln, nos Estados Unidos para conhecer a fábrica da **PFIZER**, a qual seria usufruída pelo **CONTEMPLADO;***
>
> *(v) que em 14/09/2010 as partes rescindiram a relação de distribuição estabelecida entre as mesmas, cumprindo todas as formalidades legais;*
>
> *(vi) que em decorrência da rescisão mencionada no item V acima, bem como de outros fatores, a visita à fábrica **PFIZER** na Cidade de Lincoln, nos Estados Unidos se tornou inviável;*
>
> *[...]*
>
> ***OBJETO***
>
> ***1.1.** Em razão do presente Instrumento de Transação, a **PFIZER**, visando honrar com prêmio que seria usufruído pelo **CONTEMPLADO,** haja vista a impossibilidade de proporcionar a viagem mencionada no item "vi" dos "considerandos" acima, compromete-se a pagar a quantia de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) ao **CONTEMPLADO**, [...]*
>
> *[...]*
>
> ***3. QUITAÇÃO***
>
> *3.1. Uma vez efetuado o pagamento descrito na cláusula 2.1 supra, o **CONTEMPLADO** outorgará à **PFIZER** a mais ampla e geral quitação, renunciando, de modo expresso, a todo e qualquer direito, pretensão, reclamação, ação, indenização material e moral, que possa ou poderia ter contra a **PFIZER** em relação ao objeto do presente Instrumento de Acordo."* (f. 11-12, sublinhei).

Os termos do instrumento dão a exata compreensão da introspecção feita pela apelante com a não entrega do prêmio ao apelado, tal como projetado inicialmente, tanto que introduziu a renúncia a direitos, dentre os quais indenização material e moral.

Rui Stoco, citando diversos estudiosos do direito, traz conceitos de dano moral merecedores de reprodução:

> *"Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como "qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária", e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições etc.* (***Trraité de la Responsabbillé Civile***, v. 2, n. 525).
>
> *Nesta esteira, Jorge Bustamante Alsina: "Pode-se definir dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária."* (Teoria General de La Responsabilidad Civil. 8.Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 234).
>
> *Ou, no enfoque clássico de Eduardo Zannoni, denomina-se dano moral o menoscabo ou lesão a interesses não patrimoniais provocado por evento danoso, vale dizer, pelo ato antijurídico."* (***El Daño en La Responsabilidad Civil***, 2. Ed. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 287).[1]

Diante desses conceitos, constata-se o acerto da decisão proferida pela juíza *a quo*, ao condenar a apelante a reparar o apelado pelo dano moral sofrido, consistente, na espécie, na dor e no padecimento da espera em receber um prêmio ao qual fazia jus, mas que a empresa se recusara à entrega.

Evidente a frustração do apelado ante a perda de uma oportunidade de, não só conhecer um país desenvolvido, como, também, os bastidores de uma indústria do porte da apelante, tida como empresa farmacêutica de referência no mundo, líder em diversos segmentos terapêuticos, atingindo, no ano de 2009, faturamento total em torno de US$ 50 bilhões, conforme informação contida em *site* da própria empresa[2].

O apelado, contemplado com o prêmio no ano de 2009, acabou recebendo a negativa à sua expectativa no ano de 2011, quando a apelante lhe enviou o instrumento de acordo para, como a própria reconheceu nas razões de recurso, como *uma tentativa de substituição do prêmio* (f. 74).

Tenho, portanto, assim como fez a sentenciante, presente o dano moral e o dever de indenizar.

No tocante ao valor (R$ 10.000,00), conquanto a apelante aponte sê-lo desproporcional, assim não entendo.

A contemplação do prêmio ocorreu no ano de 2009, no entanto, somente em agosto de 2011 é que a apelante lança uma proposta de acordo. A rigor, se porventura resolvesse a apelante honrar o compromisso de bancar o prêmio obtido pelo apelado (uma viagem aos EUA), provavelmente gastaria bem mais do que os R$ 10.000,00 de condenação pelos danos morais experimentados. Afinal, os gastos com a viagem não consistiam apenas nas passagens aéreas; incluía também estada, alimentação e até mesmo deslocamento local, valores estes que certamente superariam os R$ 4.500,00 ofertados e, quiçá, o valor da condenação, repita-se, de R$ 10.000,00.

1 *Tratado de Responsabilidade Civil,* 7. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1682..

2 Vide: *http://www.pfizer.com.br/telas/impressao.aspx?idConteudo=79&idConteudo2=166&idConteudo3=0&origem=conteúdos* - faturamento no mundo, nesse ano..

Conclusão.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 16 de maio de 2013.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4000580-98.2013.8.12.0000
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM) – CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – NÃO OBTENÇÃO DE PONTUAÇÃO MÍNIMA EXIGIDA PELO ENEM – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

Se a impetrante não obteve a pontuação exigida na avaliação do ENEM, de acordo com a Portaria n. 144, de 24 de maio de 2012, não se há falar em direito líquido e certo de obtenção de certificado de conclusão do ensino médio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer oral.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Flaviane Cunha de Oliveira ajuiza mandado de segurança em face de ato imputado à **Secretaria de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul,** consistente no indeferimento do pedido de expedição do Certificado de Conclusão do Ensino Médio.

Alega, em resumo, que realizou a prova do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) e obteve média para matricular-se no curso de Ciências Contábeis da Universidade Anhanguera. Contudo, foi impedida de efetivar a matrícula por não possuir idade mínima de 18 (dezoito) anos, embora possua aptidão intelectual para cursar a universidade, tanto que obteve índice satisfatório nas provas do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio.

Diz que comprovada a obtenção das notas necessárias previstas na Portaria n. 144, de 24 de maio de 2012 do MEC (Ministério da Educação), sendo apenas, menor de 18 anos, é rigor a mais valia do direito à progressão educacional, previsto tanto no art. 205 da Constituição Federal, quanto no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pugnando pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar, no sentido de que emita certificado substitutivo de conclusão do ensino médio, para que possa efetuar matrícula no curso de Ciências Contábeis.

Instruiu o *mandamus* com os documentos de f. 10-44.

Foi recebido o *mandamus* e deferida a liminar (f. 43-45).

A autoridade impetrada prestou informações e defesa (f. 54-66), alegando, em síntese, que a impetrante não obteve a pontuação mínima exigida para aprovação no ENEM, conforme portaria 144 do MS e, que a Lei n. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determina que o ensino médio tenha duração mínima de 03 (três) anos, sendo necessário para a sua conclusão a idade mínima de 18 (dezoito) anos. Requereu fosse a ordem denegada.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer (f. 67-72), opinando pela concessão parcial da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Flaviane Cunha de Oliveira** em face de ato imputado à **Secretária de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul**, consistente no indeferimento do pedido de expedição do Certificado de Conclusão do Ensino Médio à pessoa que obteve êxito no Exame Nacional do Ensino Médio.

Como relatado, a impetrante alega que a Universidade Anhanguera Campo Grande, Unidade 1, a convocou para matricular-se no curso de Ciências Contábeis, a partir das notas obtidas na realização do ENEM. Contudo, foi impedida de efetuar a matrícula, por não possuir idade mínima de 18 (dezoito) anos, embora possua aptidão intelectual para cursar a universidade, tanto que obteve índice satisfatório nas provas do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio.

Diz que comprovar a obtenção das notas necessárias previstas na Portaria n. 144, de 24 de maio de 2012 do MEC (Ministério da Educação), sendo apenas, menor de 18 anos, é rigor a mais valia do direito à progressão educacional, previsto tanto no art. 205 da Constituição Federal, quanto no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pugnando pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar, no sentido de que emita certificado substitutivo de conclusão do ensino médio, para que possa efetuar matrícula no curso de Ciências Contábeis.

A autoridade impetrada prestou informações e defesa (f. 54-66), alegando, em síntese, que a impetrante não obteve a pontuação mínima exigida para aprovação no ENEM, conforme portaria 144 do MS e, que a Lei n. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determina que o ensino médio tenha duração mínima de 03 (três) anos, sendo necessário para a sua conclusão a idade mínima de 18 (dezoito) anos. Ao final, requer seja denegada o ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer (f. 67-72), pugnando inicialmente pela concessão parcial da segurança. Nesta assentada o ilustre Procurador rerratificou o parecer, opinando pela concessão da ordem.

Pois bem. De início, cumpre salientar que ao contrário do que constou na inicial, a impetrante não está sendo impedida de realizar sua matrícula na Universidade Anhanguera Campo Grande somente em razão da idade.

Compulsando detidamente os documentos acostados aos autos, verifica-se que, embora convocada pela referida universidade para efetuar a inscrição da matrícula para o curso de Ciências Contábeis, **a impetrante não obteve a pontuação exigida pelo ENEM em todas as disciplinas para receber o certificado de conclusão do ensino médio**.

É certo que para fazer jus ao recebimento de certificado substitutivo de conclusão do ensino médio, estabelecem as regras que regem a matéria que o candidato deve preencher pontuação mínima de 450 pontos em cada área de conhecimento e 500 pontos na prova de redação.

Conforme os artigos 1º e 2º da Portaria Normativa nº 144, de 24 de maio de 2012, do Ministério da Educação, que dispõe sobre certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem):

> *"Art. 1° A certificação de conclusão do ensino médio e a declaração parcial de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) destinam-se aos maiores de 18 (dezoito) anos que não concluíram o ensino médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade.*
>
> *Art. 2º O participante do ENEM interessado em obter certificação de conclusão do ensino médio deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM e atender aos seguintes requisitos:*
>
> ***I - atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame**;*
>
> *II - atingir o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação."*

Em observância aos dispositivos acima transcritos, vê-se que das cinco disciplinas relacionadas na ficha de resultado do ENEM (f. 15), a impetrante obteve a pontuação exigida em apenas quatro delas, deixando de obter a nota na matéria de **"matemática e suas tecnologias",** na qual logrou média de 719.7 pontos. Portanto, não está apta a cursar o Ensino Superior, em razão de não gozar da capacidade intelectiva.

Desta forma, uma vez não atingida pela candidata a pontuação exigida pelo ENEM, não se pode determinar aos órgãos competentes a expedição do certificado de conclusão do ensino médio, tampouco às instituições de ensino a matrícula da candidata.

Diante de tais considerações, não se faz presente o requisito da relevância da fundamentação para fins de manutenção da liminar deferida à impetrante no *writ*, razão pela qual, reconsidero a decisão proferida para revogar a liminar anteriormente concedida.

Da mesma forma, como a impetrante não obteve a pontuação exigida na avaliação do ENEM, não se há falar em direito líquido e certo de obtenção de certificado de conclusão do ensino médio.

***Conclusão*.**

Ante o exposto, contra o parecer, **denego a segurança.**

O Sr. Dr. Belmires Soles Ribeiro (Procurador de Justiça).

A Procuradoria Geral de Justiça rerratifica o parecer escrito para a concessão plena da ordem.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (1º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (2º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (3º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (4º Vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER ORAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4000642-41.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO – JUROS CAPITALIZADOS – OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO TEMPORAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não tendo o executado aviado recurso, a tempo e modo, após o indeferimento da questão alusiva ao excesso de execução, inadmissível reavivar o debate sobre essa matéria, em face da ocorrência da preclusão temporal, sem prejuízo, por parte do juízo *a quo*, do exame de eventual erro material de cálculo (inserção indevida de juros compostos), já que o erro material não se sujeita à preclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Cacildo Arantes Neto interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Em resumo, alega que a parte agravada apresentou cálculos com juros compostos, incorrendo em excesso de execução. Diz que o erro de cálculos não transita em julgado e não houve a preclusão temporal para a rediscussão da decisão *a quo*.

Requer o provimento do recurso para o fim de determinar a suspensão do praceamento, com a determinação de remessa dos autos à contadoria judicial, a fim de que seja dirimida a divergência apurada entre os cálculos da exequente e do executado, ora recorrente.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Cacildo Arantes Neto interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Como relatado, alega que a parte exequente, ora agravada, apresentou cálculos com juros compostos, incorrendo em excesso de execução. Diz que o erro de cálculos não transita em julgado e não houve a preclusão temporal para a rediscussão da decisão *a quo* que indeferiu a suspensão do praceamento e do alegado excesso de execução.

Requer o provimento do recurso para o fim de determinar a suspensão do praceamento e determinação de remessa dos autos à contadoria judicial, a fim de que seja dirimida a divergência apurada entre os cálculos da exequente e do executado, ora recorrente.

A decisão recorrida encontra-se assim fundamentada, *in verbis:*

> *"Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cacildo Arantes Neto em face da decisão que rejeitou a alegação de excesso de execução, sob o fundamento de que o executado, ora recorrente, pretende rediscutir o que já restou decidido em outra oportunidade. Eis o conteúdo da decisão interlocutória:*
>
> *'1) Cumpra-se o despacho de f. 730.*
>
> *2) Questão atinente à incidência de juros não tem o condão de suspender o praceamento do imóvel.*
>
> *3) Ademais, o executado pretende rediscutir o que já ficou decidido ás f. 786 e 793.*
>
> *4) Ao praceamento dos bens, estando o tema referente ao cálculo já dirimido nesta instância.'*
>
> *O executado-recorrente diz que o recorrido tenta ludibriar o juízo a quo ao apresentar cálculos com juros compostos, o que por si só eleva exacerbadamente o valor da execução. Sustenta que o erro de cálculo não transita em julgado, podendo, portanto, ser rediscutido.*
>
> *O recurso é manifestamente inadmissível. Explico.*
>
> *Através da decisão interlocutória de f. 789-TJ, o juízo a quo rechaçou a alegação de excesso de execução, sob o fundamento de que a questão deve ser alegada por meio de embargos do devedor, e o tema já teria sido enfrentado por este Tribunal em sede de apelação, nos embargos à execução. Além de que, segundo o juízo a quo, a discordância acerca da incidência dos juros deveria ser acompanhada de outro cálculo para confronto, a ser apresentado pelo executado-recorrente, situação que inocorreu.*
>
> *Em face da aludida decisão o ora recorrente opôs embargos de declaração (f. 793-795-TJ), sendo rejeitado pelo juízo a quo, sob o fundamento de que os declaratórios pretendiam unicamente rediscutir a decisão de f. 789-TJ.*
>
> *Da decisão dos embargos de declaração que rejeitou a matéria atinente ao alegado exceção de execução, publicada em 08.10.2012, o recorrente não interpôs recurso no prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 522 do CPC, ocorrendo a preclusão temporal. Em outras palavras, a matéria aqui ventilada (excesso de execução quanto à incidência de juros), repita-se, foi decidida em sede de embargos de declaração na instância singela, com publicação em 08.10.2012, mas este agravo foi protocolizado somente na data de 21.01.2013, operando, destarte, a preclusão temporal.*

Isto posto, nego seguimento ao agravo de instrumento nos termos do art. 557, caput, 1ª figura do CPC, por ser manifestamente inadmissível, ante a ocorrência de preclusão."

Diante da possibilidade de exercer eventual juízo de retratação, procurei novamente analisar o ato combatido em confronto com as razões do agravo interno, e cheguei à conclusão de que não devo dispor de maneira diversa, porque os fundamentos da decisão recorrida resistem ao presente recurso. Explico melhor.

A questão do excesso de execução, objeto deste recurso, foi decidida pelo juízo *a quo* em 22.06.2012, com publicação no DJ **16.07.2012**. No *decisum*, consignou o magistrado que o alegado excesso de execução (juros compostos) já teria sido analisado em sede de embargos à execução, com trânsito em julgado, e a discordância levantada pelo executado, ora recorrente, sequer veio acompanhada de outro cálculo para o devido confronto com aquele apresentado pelo exequente, ora agravado. Contra essa decisão o ora recorrente opôs embargos declaração (f. 793-795), alegando, em suma, que o erro de cálculo não transita em julgado. Sobreveio, então, decisão da instância singela negando provimento aos embargos de declaração (f. 196). A decisão dos embargos de declaração foi publicada no DJ em **08.10.2012.**

Ocorre que o agravo de instrumento só foi protocolizado em **21.01.2013,** muito além do prazo decenal previsto no art. 522 do CPC, estando o recurso originário, portanto, fulminado pela preclusão temporal.

De ver-se que o executado-recorrente, após o indeferimento do alegado excesso de execução, que ocorreu em sede de embargos de declaração, protocolizou petição trazendo tardiamente o cálculo atualizado da dívida que entende como correto. Acontece que o referido cálculo, repita-se, trazido a destempo, **ainda não foi objeto de análise pelo juízo** *a quo*, situação que impede o conhecimento do aludido cálculo pela instância *ad quem*, sob pena de julgamento *per saltum*, circunstância expressamente vedada pelo ordenamento jurídico.

Feitas essas considerações, cabe ao juízo *a quo*, se entender de direito, analisar o cálculo apresentado pelo executado-recorrente à f.800-811-TJ, para pôr fim à controvérsia referente ao alegado erro de cálculo (ou seja, inserção de juros compostos), tendo em vista que o erro material de cálculo em execução não transita em julgado. Veja-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. ERRO DE CÁLCULO E ERRO DE DIREITO. COISA JULGADA. CRITÉRIOS UTILIZADOS NA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. [...].*
>
> *2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento segundo o qual o* ***erro material, que é corrigível a qualquer tempo, é o erro de cálculo.*** *As questões de direito, como na hipótese dos autos, em que o recorrente pretende rever os critérios utilizados na liquidação de sentença para a formação do valor do débito, devem ser arguidas no momento processual oportuno, sob pena de preclusão.*
>
> *3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado n.º 83 da Súmula do STJ.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ, AgRg no REsp. 856.779/AL, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS), 6ª T., J. em 10/04/2012, DJe 18/04/2012).

Justificável, pois, que o juízo examine eventual erro de cálculo, louvando-se até na contadoria do juízo ou em perito, caso efetivamente haja erro material.

Feitas essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 11 de abril de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n 0006853-66.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – SUBMINISTRAÇÃO, EM FARMÁCIA, DE MEDICAMENTO TROCADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA DO SERVIÇO DEFEITUOSO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA *OPE LEGIS* – OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO – RECONHECIDO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – SUFICIENTE E PROPORCIONAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – INEXISTENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

I. A pessoa jurídica de direito privado, do ramo farmacêutico, responde objetivamente pelos serviços defeituosos prestados ao consumidor final por meio de seus prepostos, cuja responsabilidade da fornecedora só poderá ser afastada se ela comprovar: 1) que não prestou o serviço; 2) prestado o serviço, que o defeito inexiste; 3) que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Precedente do STJ.

II. A inversão do ônus da prova, no que se refere à reparação dos danos causados pelo serviço defeituoso, é *ope legis*.

III. Vislumbrados os requisitos da responsabilidade civil objetiva, pelo fato do serviço defeituoso, impõe-se manter a condenação da requerida no pagamento da indenização por danos morais.

IV. Se a quantificação dos danos morais considerou os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor e, por outro lado, o enriquecimento sem causa do ofendido, não se há falar em minoração do *quantum*.

V. O valor pedido pela requerente, a título de indenização por danos morais, é meramente estimativo, o que não acarreta sucumbência em caso de fixação judicial em montante menor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Farmácia São Bento Comércio, Medicamentos e Perfumaria Ltda., qualificada nos autos da Ação de Reparação de Danos (feito n. 0006853-66.2010.8.12.0001, da 10ª Vara Cível da Comarca de

Campo Grande/MS) que lhe promove **Maria das Graças Braga**, também qualificada, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, interpôs apelação cível (f. 289-306).

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedente o pedido inicial e, com isso, condenar-lhe ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00.

Referiu que a requerente não logrou comprovar o fato constitutivo de seu direito, na medida em que não fez prova de que um de seus prepostos lhe teria aplicado o medicamento Noregyna em vez daquele efetivamente receitado (Duo-decadron – Dexacitoneurin 5000), bem como de que teria adquirido o medicamento Noregyna em um dos estabelecimentos da São Bento.

Aduziu que os depoimentos das testemunhas da apelada não podem ser considerados, visto que, além de representarem pessoas bastante próximas da interessada, não presenciaram a ocorrência do fato e, por isso, não se mostram suficientemente críveis.

Alegou, ainda, que o laudo pericial não evidencia o nexo de causalidade entre o suposto dano e o ato de seus prepostos, a reforçar a necessidade de reforma da sentença condenatória.

Expôs que, na verdade, o laudo pericial comprova exatamente a inexistência de nexo de causalidade entre a eventual aplicação do medicamento Noregyna com os sintomas relatados pela requerente, circunstância que afasta sua responsabilidade civil.

Sustentou que, não comprovados os pressupostos da reparação, o pedido de indenização por danos morais deve ser julgado improcedente.

Subsidiariamente, reputou excessivo o valor arbitrado a título de danos morais, circunstância que autorizaria a diminuição para no máximo R$ 500,00 (quinhentos reais).

Finalmente, afirmou que deve ser reconhecida a sucumbência recíproca, em maior grau para a requerente, visto que solicitou o arbitramento da indenização em R$ 50.000,00, mas lhe foi concedida no montante de apenas R$ 5.000,00.

Ao final, pediu o conhecimento e provimento do apelo para, em reformando-se a sentença hostilizada, julgar improcedente o pedido inicial ou minorar o valor da indenização, com redimensionamento dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões à f. 315-320, requerendo o não provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Trata-se de apelação cível interposta por fornecedora de produtos e serviços farmacêuticos em face de consumidora final, objetivando a reforma da sentença que lhe condenou no pagamento de indenização por danos morais, em razão de erro na prestação de serviço.

Uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço do apelo e passo ao julgamento do mérito.

Mérito

Como relatado, a apelante devolve ao conhecimento desta Corte Recursal sua tese de inexistência do dever de reparar, na medida em que, conforme sustenta, a requerente não teria comprovado o fato constitutivo do seu direito, nem a existência de ato ilícito e de nexo causal entre os pretensos prejuízos e a conduta de seus prepostos, pelo que o pedido deveria ser julgado improcedente.

Subsidiariamente, sustentou ser necessário reduzir o valor da indenização para no máximo R$ 500,00 e, finalmente, reconhecer a sucumbência recíproca.

Essas são as questões que serão analisadas a seguir.

Obrigação de reparar o dano moral.

Seguindo esta trilha, é certo que a Constituição Federal de 1988, ao fixar os direitos e garantias fundamentais, instituiu o direito à indenização por danos morais ao determinar em seu art. 5º, incisos V e X, que:

> *"V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"*
>
> *"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"*
>
> *Regulamentando tal direito, estabelecem os artigos 186 e 187 do Código Civil:*
>
> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*
>
> *"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."*
>
> *Complementando a norma, o art. 927 do Código Civil prescreve:*
>
> *"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Desse modo, conjugando tais dispositivos, aquele que causar dano a outrem, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo.

Contudo, é certo que para vislumbrar tal responsabilidade é imprescindível preencher alguns requisitos mínimos.

Dissertando sobre o tema, César Fiuza (2004) esclarece:

> *"De tudo o que foi dito, pode-se concluir que, como regra, para que haja o dever de indenizar, devem ocorrer, simultaneamente, a antijuridicidade, a culpa ou dolo, o dano e o nexo causal. Se faltar qualquer um destes elementos, não haverá, segundo o art. 186, delito indenizante, não existindo, pois, qualquer dever de indenizar."*[1]
>
> *No mesmo sentido, Simone Gomes Rodrigues Casoretti (2006) aclara:*
>
> *"Para a configuração do ato ilícito, devem estar presentes os seguintes elementos: ação humana (comissiva ou omissiva), violação de norma legal, culpa (culpa em sentido estrito e dolo) e dano a outrem."*[2]

1 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 243.

2 CASORETTI, Simone Gomes Rodrigues. **Comentários ao Código Civil** / [coordenadores] Carlos Eduardo Nicoletti Camilo... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 186..

Assim, para que se atribua a alguém a responsabilidade civil por dano moral é necessário vislumbrar, nos autos, prova robusta dos seguintes requisitos: conduta ilícita culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Na hipótese, entretanto, cumpre estabelecer a espécie de responsabilidade civil aplicável para, então, verificar se seus pressupostos foram preenchidos, a fim de condenar o responsável no pagamento do *quantum* devido.

Consoante se infere dos autos, a relação jurídica material evidenciada entre as partes é de consumo, já que a apelante é fornecedora de medicamentos e de serviços ao destinatário final, razão porque incide a responsabilidade civil objetiva.

No caso, o litígio gira em torno do suposto erro na aplicação de um medicamento intravenoso, tendo a requerente sustentado que um preposto da requerida lhe ministrou o remédio Noregyna em vez daquele efetivamente receitado por seu médico (Duo-decadron – Dexacitoneurin 5000), causando-lhe diversas complicações de saúde.

Na inicial, a requerente junta cupom fiscal de compra de medicamentos no estabelecimento da requerida, a evidenciar a existência de relação consumerista entre as partes.

Tais circunstâncias, pos si só, invocam a aplicação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, *in verbis*:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido."*

Por isso, tratando-se de responsabilidade civil objetiva pelo fato do serviço, fulcrada no risco do empreendimento, caberá à pessoa jurídica empreendedora arcar com os prejuízos resultantes do fornecimento de seus serviços, cuja responsabilidade só poderá ser afastada caso comprove (ônus do fornecedor) a ocorrência de uma das causas que excluem o nexo causal, previstas no §3º[3] do art. 14 do CODECON.

Seguindo tais linhas, repito, a responsabilidade da fornecedora só poderá ser afastada se ela comprovar: 1) que não prestou o serviço; 2) prestado o serviço, que o defeito inexiste; 3) que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Neste particular, é importante asseverar que a inversão do ônus da prova é *ope legis*, isto é, por determinação legal, o que faz emergir uma garantia maior ao consumidor, porquanto, independentemente de decisão judicial, passa a ser do fornecedor do serviço o dever de comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito reclamado.

3 Art. 14. § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro..

Este entendimento já restou assentado no Superior Tribunal de Justiça, inclusive em um caso análogo ao presente, onde a consumidora reclamou indenização pelo fato de o preposto de farmácia ter se utilizado de injeção usada na aplicação de um anticoncepcional. Veja-se:

> *"RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE CONSUMO. FATO DO SERVIÇO. INJEÇÃO EM FARMÁCIA. DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.*
>
> *1. Demanda indenizatória ajuizada por consumidora contra farmácia, alegando que seu preposto teria utilizado seringa já usada anteriormente para ministrar injeção de medicamento anticoncepcional, obrigando-a a se submeter ao tratamento preventivo contra AIDS e Sifilis, e, assim, ocasionando danos morais.*
>
> *2. Acórdão recorrido que, dando provimento à apelação da farmácia, reformou a sentença de procedência da demanda por não reconhecer a presença de prova idônea acerca da existência do alegado serviço defeituoso ou inseguro.*
>
> *3. Prequestionamento implícito da regra do art. 14, § 3º, I, do CDC, acerca da inversão do ônus da prova, pois a parte recorrente prequestionara expressamente apenas o art. 6º, VIII, do CDC.*
>
> *4. Reconhecimento da responsabilidade civil pelo fato do serviço em face da não comprovação pelo fornecedor da excludente da inexistência de defeito na prestação de serviço.*
>
> *5. Verossimilhança da versão dos fatos apresentada pela autora, jovem cirurgiã-dentista, conforme reconhecido na sentença pela Magistrada que presidiu a instrução do processo.*
>
> *6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO."* (REsp. 1131385/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 28/08/2012).

No julgamento do precedente acima, restou consignado que é do fornecedor do serviço o dever de provar a inexistência do fato (composto pelo ato ilícito, dano e nexo causal) ou a presença de uma das excludentes estabelecidas no §3º do art. 14 do CODECON.

Partindo-se destas premissas, tenho que o pleito recursal não merece acolhida.

Isso porque, apesar do esforço da requerida em tentar se eximir da responsabilidade de reparar o dano causado, certo é que não conseguiu ela comprovar a inexistência do fato ou mesmo a presença de uma excludente.

Veja-se que a requerente, na inicial, relatou com minúcias o desenrolar dos fatos, inclusive apontando o nome do balconista que a atendeu (Sr. Elieldo Cespede da Silva), o qual, segundo sustenta, teria lhe ministrado o remédio Noregyna em vez daquele efetivamente receitado por seu médico (Duo-decadron – Dexacitoneurin 5000).

Juntou aos autos, ainda, o cupom fiscal do medicamento que teria comprado no estabelecimento da requerida, que foi emitido na mesma data do receituário médico, ou seja, em 12.08.2009, inclusive carreando um atestado médico, subscrito pelo Dr. Orlando Carvalho Filho, CRM 1423-MS, onde este certifica que a paciente: "*compareceu a este consultório no dia 12/08/2009 para atendimento médico com queixas de lombocitalgia, sendo medicada com Mioflex, Flancox e uma injeção de Duo-decadrom, mas a mesma retornou no dia 15/08/2009 dizendo que fora aplicada outra injeção pelo farmacêutico, indevidamente, apesar da mesma ter avisado por várias vezes. Foi aplicado uma ampola de NOREGYNA, o que fez com*

que a mesma viesse ao consultório com queixas várias, de calafrios, mas estar geral, nervoso... SIC. Foi orientado que a mesma ficasse em observação, o que impediu que a mesma ficasse em observação, o que impediu que a mesma usasse a medicação prescrita para a lombalgia" (f. 19).

De posse destas informações, em razão da inversão legal do ônus da prova (inciso I do §3º do art. 14 do CODECON), cabia à requerida comprovar a inexistência dos fatos afirmados na inicial ou, caso contrário, tivesse prestado efetivamente o serviço de aplicação de injeção intravenosa, cabia-lhe comprovar a inexistência do defeito.

Para tanto, poderia ter promovido, durante a instrução probatória, a oitiva do balconista Sr. Elieldo Cespede da Silva e de outros funcionários que presenciaram o atendimento, ou mesmo se valido de eventual gravação colhida em seu circuito fechado de segurança, para demonstrar que os fatos não se deram conforme o anunciado na inicial.

Todavia, contentou-se a requerida apenas com a oitiva das testemunhas indicadas pela requerente (f. 132-135), com a juntada da resposta da produtora do medicamento Noregyna (f. 184-194) e com o laudo pericial (f. 260-263), provas estas que, em absoluto, não comprovam a tese defensiva, no sentido de que os fatos são inverídicos.

Ora, as testemunhas, apesar de não terem presenciado a prestação defeituosa do serviço, elucidam a ocorrência do fato, ainda que indiretamente, bem como a existência dos males sofridos posteriormente.

Tanto que a informante Elizene Soares de Almeida afirmou em seu depoimento (f. 132-133) que "*a autora telefonou para a declarante dizendo que foi até a Farmácia e que lá o atendente aplicou a injeção errada e que estava passando mal, sendo que a declarante se dispôs a auxiliá-la. No outro dia, foi até a casa da autora e viu que estava com as pernas inchadas, deitada, dizendo que não estava bem*".

Por seu turno, a Sra. Marla Fabiana Massú Aguni asseverou em seu testemunho (f. 131) que "*Estava na residência da autora no dia em que ela foi na farmácia, sendo que já era final de tarde e aquela foi sozinha, sendo que tinha feito uma cirurgia de varizes tempos antes, mas estava bem, recuperada. Dias depois, soube pela filha da autora que, naquela noite, haviam aplicado a injeção errada em sua mãe e ela não estava bem. Chegou a ver, depois disto, a autora com as pernas inchadas, deitada e repousando com as pernas para o alto e até hoje se queixa de dores nas pernas e precisa deitar para repousar, já que não consegue ficar muito em pé*".

Logo, diante disso, a convicção que se chega é de que efetivamente a requerente esteve em um estabelecimento da requerida e, nada obstante tenha adquirido o medicamento receitado por seu médico – Duo-decadron – Dexacitoneurin 5000 (f. 15), foi-lhe aplicado fármaco diverso – Noregyna (f. 16), causando-lhe inúmeras complicações.

Se assim o é, com razão o Juízo singular ao consignar na sentença que "*a responsabilidade da requerida pelo serviço deficitário oferecido à autora encontra-se suficientemente demonstrado nos autos*" (f. 275).

Até porque, não se mostra crível que a requerente, sem nenhuma base fática, tenha arquitetado a ocorrência do atendimento defeituoso, inclusive indicando o dia do fato, o nome do preposto que lhe aplicou a injeção e, dias depois, comparecendo em seu médico para relatar ocorrido.

Sendo assim, tenho que a requerente comprovou a prestação do serviço defeituoso, o que acabou por lhe acarretar danos morais.

Evidentemente que o fato, por si só, já basta para comprovar a existência dos danos morais, especialmente se os efeitos da prestação defeituosa do serviço se estendeu por dias, trazendo as complicações relatadas pelas pessoas ouvidas em juízo e aquelas consignadas no atestado de f. 19.

Não se há de sustentar ainda, como pretende a apelante, que as informações constantes nos documentos de f. 184-194 (resposta da indústria farmacêutica, relatando o nome do comprador do medicamento juntado à f. 16, conforme o lote impresso na caixa) teria o condão de afastar sua responsabilidade.

Primeiramente, porque a requerente não afirmou, na inicial, que o medicamento que lhe fora aplicado equivocadamente é exatamente aquele retirado da caixa de f. 16, cuja embalagem certamente foi juntada aos autos para eventual esclarecimento.

Em segundo lugar, porque a requerida, apesar de alegar que nunca comprou medicamentos da fornecedora CGRANDE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA. (empresa compradora do lote L3BD86 do medicamento Noregyna) e, por isso, não teria sido a responsável pela aplicação da injeção, não comprovou tal fato nos autos.

Nem se diga, outrossim, como faz a apelante, que o teor do laudo pericial de f. 260-263 teria afastado por completo o nexo de causalidade entre a prestação defeituosa do serviço e os danos sofridos pela requerente, visto que os danos morais, antes mesmo de serem verificados pelas reações adversas do medicamento, estão intimamente ligados com os transtornos anímicos causados à consumidora em razão dos fatos.

Desta forma, ainda que verificado por laudo pericial que as reações relatadas pela requerente são atípicas se cotejadas com o medicamento ministrado (Noregyna), certo é que os transtornos morais causados à requerente pelo fato vão muito além do que a simples verificação de efeitos colaterais, uma vez que o sentimento de desrespeito e angústia pela descoberta da subministração de medicamento incorreto já se mostra suficiente para evidenciar dano indenizável.

Por isso, vislumbrados os requisitos da responsabilidade civil objetiva, pelo fato do serviço defeituoso, impõe-se manter a condenação da requerida no pagamento da indenização por danos morais.

Remanesce a discussão sobre a quantificação da indenização.

Suficiência do valor da indenização.

Como ressabido, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos certos e bem delineados 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, citando Carlos Roberto Gonçalves, faz o seguinte balizamento:

> *"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".* (Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.270).

Seguindo tais linhas, a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor e, por outro lado, o enriquecimento sem causa do ofendido.

Considerando tais parâmetros, entendo que a importância fixada pelo douto Juízo sentenciante, no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), se apresenta razoável e adequado para reparar o dano causado à consumidor e atendeu às particularidades do caso concreto.

Assim, sendo certo que o montante arbitrado, por um lado, não se mostra baixo, assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais e, por outro, não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa da lesada, hei por bem desacolher o pedido de redução do valor da indenização.

Inexistência de sucumbência recíproca.

Finalmente, no que tange ao reconhecimento da sucumbência recíproca, melhor sorte não socorre a apelante.

É que o valor eventualmente pleiteado pela requerente, a título de indenização por danos morais, é meramente estimativo, o que não acarreta sucumbência em caso de fixação judicial em montante menor.

Tal matéria é pacífica no Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS - ARROMBAMENTO DE VEÍCULO GUARDADO EM GARAGEM DE HOTEL. STJ/SÚMULA 130. QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO NA VIA ESPECIAL. VALOR ESTIMATIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INEXISTÊNCIA.*
>
> *1. "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento" (STJ, Súmula n. 130).*
>
> *2. O montante indenizatório fixado a título de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça desde que seja irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso.*
>
> *3.* ***O valor pleiteado na petição inicial da ação de indenização por danos morais e materiais é meramente estimativo, sem observância de quaisquer parâmetros quantitativos para aferir a indenização decorrente dos danos causados, não servindo, pois, de base para conceber a reciprocidade dos ônus sucumbenciais.***
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no Resp 402.442/ES, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 23/04/2010) Grifei.
>
> *RECURSOS ESPECIAIS. DANOS MORAIS. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DO BANCO. REVISÃO DO VALOR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. CUNHO ESTIMATIVO DO PEDIDO INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NA EXTENSÃO, PROVIDOS.*
>
> *1. Para a fixação dos danos morais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, violam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação.*
>
> *2.* ***O valor do pedido inicial tem cunho meramente estimativo, não configurando sucumbência recíproca o arbitramento de quantia inferior à pleiteada.***

> *3. Recursos parcialmente conhecidos e, na extensão, providos."* (REsp. 682.466/TO, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 269) Grifei.

Assim, não se há de falar em sucumbência recíproca.

Dispositivo.

Em vista do exposto, **conheço** do recurso de apelação manejado pela Farmácia São Bento Comércio, Medicamentos e Perfumaria Ltda, mas **nego-lhe provimento**, mantendo irretocável a sentença 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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 09 de abril de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0102206-20.2007.8.12.0008 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – BEM IMÓVEL – INADIMPLÊNCIA DA PARTE PROMITENTE COMPRADORA – RESOLUÇÃO DO PACTO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO – PRELIMINAR REJEITADA – CÁLCULOS EFETUADOS PELO JUÍZO PARA FUNDAMENTAR SUA CONCLUSÃO – MÉRITO – NECESSIDADE DE REFORMA – MORA CARACTERIZADA – IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE OFÍCIO DE CLÁUSULA ABUSIVA – AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NO REAJUSTE DAS PARCELAS – ERROR IN PROCEDENDO – CLÁUSULA PENAL REDUZIDA INCIDENTE SOBRE AS PARCELAS PAGAS – EXCLUSÃO DA QUANTIA PAGA A TÍTULO DE SINAL – ARRAS PENITENCIAIS – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA SOBRE OS VALORES A SEREM DEVOLVIDAS À PROMITENTE-COMPRADORA (APELADA) – TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA – ALTERAÇÃO DE PREVISÃO CONTRATUAL – MORA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO – PRECEDENTES DO STJ – TAXA DE FRUIÇÃO – SUCUMBÊNCIA PARCIAL PROPORCIONAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Se o magistrado de primeiro grau entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente comprovados, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa e, por via de consequência, em nulidade da sentença.

II - sendo incontroversa a mora da parte demandada, pelo não pagamento das parcelas ajustadas entre as partes, e, ainda, inexistindo alegação daquela acerca de irregularidade na forma de reajuste das parcelas, demonstra-se despicienda a conclusão do juízo de origem, no sentido de que inexiste pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo.

III - É incontroverso ser direito do promitente comprador a restituição dos valores pagos ao promitente vendedor, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, uma vez que a rescisão de um contrato exige, na medida do possível, que se promova o retorno das partes ao *status quo ante.* De acordo com o entendimento do STJ é admissível a fixação de multa no patamar de 10% a 25%, conforme as circunstâncias evidenciadas no caso concreto.

IV - Se a promitente-compradora, em razão de sua inadimplência, deu causa a rescisão contratual, possível a retenção do sinal pago por ele a título de arras pela promitente-vendedora

V - A correção monetária não constitui gravame ao devedor, não é um *plus* na condenação, mas tão-somente fator que garante a *integra restitutio,* que representa a recomposição do valor real da moeda aviltada pela inflação.

VI - Em situação análoga, em que se discutiu o termo inicial dos juros moratórios sobre a parcela a ser restituída ao promitente-comprador em razão de procedência do pedido de ação de resolução de contrato, com a redução do percentual a ser devolvido, o Superior Tribunal de Justiça assentou que os juros de mora correrão a partir do trânsito em julgado.

VII - Restando evidenciada a sucumbência parcial, justifica-se a divisão proporcional das custas processuais e dos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de maio de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Cobravi Construtora Ltda., qualificada nos autos da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse ajuizada em face de **Maria de Fátima Oliveira**, também qualificada, inconformado com a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, pela ausência de caracterização de mora da promitente-compradora, ora apelada, em face de inobservância da forma de atualização monetária das parcelas contratadas (f. 186-189), interpôs recurso de apelação (f. 196-221).

Arguiu preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pela ausência de intimação das partes acerca dos cálculos realizados pelo juízo prolator da sentença recorrida, pugnando pelo retorno dos autos à primeira instância, a fim de que seja realizada perícia técnica ou determinada a intimação das partes acerca dos cálculos de f. 190-192.

Afirmou que, não obstante a sentença afirmar que a apelante não atendeu à legislação para notificação da apelada, no caso dos autos a mora é "ex re", pela existência de dívida líquida e certa que deveria ser paga ao seu tempo e modo pela parte demandada, nos termos do art. 397 do CC.

Argumentou a ausência de abusividade na contratação, porque as parcelas deveriam ser atualizadas pelo IGPM após a entrega do empreendimento aos adquirentes, cujo importe não poderia ultrapassar o valor de um salário mínimo, mostrando-se, pois, justa e legal a sistemática de atualização contratada, tendo por base o valor da parcela corrigida anualmente pelo IGPM.

Aduziu que, *"ao lado da garantia da recorrida de nunca pagar parcela com valor superior ao salário mínimo, está a garantia da empresa em proceder a atualização do valor da parcela sendo que a referida atualização sempre é feita anualmente e a partir do último valor atualizado"* (f. 202).

Assentou que a apelada procedeu ao pagamento do valor de R$ 21.675,19, conforme se desume do documento de f. 119, juntado pela própria demandada e que o juízo *a quo* considerou que os pagamentos iniciaram-se somente a partir da entrega do imóvel em 2003, quando os mesmos iniciaram-se em 10/11/98, o que demonstra a necessidade de reforma da sentença, vez que caracterizado o pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo.

Por outro lado, a empresa apelante formula pedido subsidiário, sob o argumento de que os honorários advocatícios, arbitrados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais) mostra-se excessivo, pugnando assim pela sua redução.

Por fim, com fundamento no disposto no § 1º do art. 515 do CPC, a apelante requer a apreciação das matérias debatidas em primeira instância, especialmente quanto à necessidade de condenação da apelada ao pagamento de perdas e danos, pelo descumprimento da obrigação contratualmente assumida, no importe correspondente a 25% do que fora pago pelo comprador.

Concluiu, outrossim, a necessidade das arras serem revertidas a favor da promitente-vendedora, além da incidência art. 884 do CC, argumentando, também, acerca da incidência dos juros de mora sobre as parcelas a serem restituídas e da taxa de fruição a ser paga a favor da empresa apelante.

Ao final apresentou argumentos acerca da necessidade de reintegração imediata do imóvel a favor da empresa apelante, diante da verossimilhança das alegações, bem como do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pela potencial lesividade da manutenção da posse a favor da apelada inadimplente, encontrando-se a apelante privada do recebimento de parcelas que lhes são devidas.

Pleiteou o acolhimento da preliminar para cassação da sentença recorrida, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para a produção de prova pericial ou o acolhimento das razões para reforma do *decisum*, reconhecendo a existência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, analisando-se e acolhendo, assim, as questões de mérito declinadas no recurso.

Apesar de intimada (f. 225-226), a parte apelada deixou de apresentar contrarrazões ao apelo da empresa autora (f. 227).

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **Cobravi Construtora Ltda.** contra a sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse ajuizada em face de **Maria de Fátima Oliveira**, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, pela ausência de caracterização de mora da promitente-compradora, ora apelada, em face de inobservância da forma de atualização monetária das parcelas contratadas (f. 186-189).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos, por ordem de prejudicialidade.

I – Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

A empresa apelante arguiu preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pela ausência de intimação das partes acerca dos cálculos realizados pelo juízo prolator da sentença recorrida, pugnando pelo retorno dos autos à primeira instância, a fim de que seja realizada perícia técnica ou determinada a intimação das partes acerca dos cálculos de f. 190-192.

Compulsando os autos, infere-se que ao prolatar a sentença recorrida, o juízo de primeira instância fundamentou sua decisão na premissa de que *"simples leitura do histórico do contrato às fls. 114/119 deixa claro que desde o início a demandante ignorou por completo a previsão do ajuste de compra e venda de reajustar pelo IGP-M o valor inicial consignado no contrato e cobrou todas as prestações vinculadas ao salário mínimo vigente na época do vencimento mensal delas"* (f. 186 v.).

Diante disso, aquele juízo efetuou cálculo do valor das prestações, de acordo com o IGPM, concluindo que *"houve nítida irregularidade desde a cobrança das prestações iniciais do contrato de compra e venda, pois vinculada ao salário mínimo"* (f. 187 v.).

Referida providência efetuada pelo juízo de origem, entretanto, não causou à apelante qualquer cerceamento de defesa, vez que serviu apenas e tão-somente de argumento para respaldo à sua conclusão, que foi pela extinção do feito, sem resolução do mérito, pela ausência de pressuposto para constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (f. 189).

Como cediço, é o juiz, destinatário da prova, que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou, ao invés, julgar antecipadamente a lide, como no caso presente.

De fato, entendendo que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Ainda, pode o juiz entender, segundo seu arbítrio sobre o conjunto probatório, que as provas requeridas não serão úteis ao processo.

Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato[1]:

> *"Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (da mihi facto, dabo tibi ius). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais."*

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho[2]:

> *"O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ou ocorrendo a revelia (art. 330, II)*
>
> *[...]*
>
> *O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa."*

Assim, se o magistrado de primeiro grau entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente comprovados, tornando-se desnecessária a produção de mais provas, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pelo julgamento antecipado da lide, mesmo baseado em cálculos efetuados pelo próprio julgador, para dar fundamento à sua conclusão, não havendo falar-se, por via de consequência, em nulidade da sentença.

Em tais circunstâncias, rejeito a preliminar.

II – Mérito recursal.

Pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo.

---

1 **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas. 2004, pág. 983.

2 **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 169-170.

A hipótese dos autos, cuida de ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse manejada por construtora (promitente-vendedora) em face de promitente-compradora, em razão da inadimplência desta no pagamento das parcelas contratadas desde maio/2006, o que, inclusive, restou incontroverso nos autos, conforme afirmação da parte ré em contestação (f. 61).

Segundo o juízo *a quo*, *"houve flagrante ofensa ao art. 7º, IV da Constituição Federal ao prescrever ser proibida a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, mormente porque o reajuste das prestações na celebração do contrato de compra e venda obrigatoriamente deveria observar o IGP-M, índice este eleito pelas partes"*, o que o levou a concluir, de ofício, que o caso não demonstra um desleixo da parte demandada ao deixar de pagar as prestações, mas de verdadeira violação ao princípio da boa-fé contratual pela demandante, a quem deve ser imputada a mora no cumprimento da obrigação, extinguindo o feito, sem resolução do mérito (f. 187).

Com efeito, como dito alhures, sendo incontroversa a mora da parte demandada, pelo não pagamento das parcelas ajustadas entre as partes, e, ainda, inexistindo alegação daquela acerca de irregularidade na forma de reajuste das parcelas, demonstra-se despicienda a conclusão do juízo de origem, no sentido de que inexiste pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo.

Consigne-se, aliás, que a cláusula quarta (parágrafo terceiro), que contempla a incidência do valor do salário mínimo, refere-se ao teto do valor das parcelas a serem pagas pela promitente compradora. Por pertinente, transcrevo a referida cláusula:

> *"Parágrafo Terceiro: OS VALORES A SEREM PAGOS DAS PARCELAS MENSAIS CONSTANTES DO* CAPUT*, LETRA 'B', A DESPEITO DE EVENTUAIS REAJUSTES, NÃO PODERÃO SER SUPERIORES AO VALOR DE 01 SALÁRIO MÍNIMO vigente na data do pagamento, incluindo eventuais abonos ou antecipações. [...]."* (f. 16).

Frise-se, ainda, quanto à mora, que a parte devedora poderia ter consignado os valores que entendesse devidos, mas não diligenciou neste sentido, limitando-se a ficar inadimplente com o valor das parcelas contratadas.

Diante deste cenário, infere-se que o que ocorre no caso não se caracteriza *error in judicando*, mas *error in procedendo* justificando, assim, a reforma da sentença, vez que evidenciada a mora da parte ré, a propiciar o ajuizamento da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse.

Além disso, cumpre frisar que, apesar de louvável a iniciativa do magistrado de origem, é defeso ao julgador, conforme entendimento do STJ, proceder de ofício a revisão de cláusulas consideradas abusivas.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUTENTICAÇÃO DE MANDATO. DESNECESSIDADE. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CORRELATA. PREJUDICIALIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROCEDENTE. 1. É desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelo autor, cabendo à parte contrária arguir-lhe a falsidade. 2. Não cabe ao Tribunal de origem revisar de ofício cláusulas contratuais tidas por abusivas em face do Código de Defesa do Consumidor. 3. Uma vez decotadas do acórdão recorrido as disposições de ofício, resta prejudicada a análise dos temas correlatos deduzidos no especial. 4. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado. 5. Uma vez afastada a descaracterização da mora e resolvida a questão*

> *atinente à não-descaracterização do contrato de arrendamento mercantil é de ser julgada procedente a ação de reintegração de posse. 6. Agravo regimental provido"*. (AgRg. no REsp. 1038320/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010).

Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC.

Portanto, provido o recurso para afastar as razões que levaram o juízo de origem a extinguir o feito sem resolução do mérito, com fulcro do art. 515, § 3º, do CPC[3], imperioso o imediato julgamento do mérito, uma vez que a questão controvertida é exclusivamente de direito, não dependendo de dilação probatória.

Esclareça-se, outrossim, que referida postura independe de pedido expresso da parte recorrente, conforme reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU E TAXAS. SENTENÇA TERMINATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. APELAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. CAUSA MADURA. JULGAMENTO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.* ***1. Na dicção do art. 515, § 3º, do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, é possível ao Tribunal, em caso de extinção do feito sem apreciação do mérito, julgar a lide desde logo, se a causa versar questão exclusivamente de direito e o processo estiver devidamente instruído, como ocorre no caso concreto. 2. Consoante a pacífica jurisprudência do STJ, extinto o processo sem julgamento de mérito, em face da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, o Tribunal, ao afastar a nulidade, pode de imediato julgar o feito, ainda que inexista pedido expresso nesse sentido, maxime se a controvérsia disser respeito a questão estritamente de direito.*** *3. Hipótese em que o Tribunal a quo afastou a preliminar de ilegitimidade passiva do promitente vendedor, no que se refere aos débitos do IPTU e demais taxas, e, na seqüência, acolheu parcialmente os Embargos à Execução, para decotar do executivo fiscal os valores referentes à TIP, à TCLLP e àquele que exceder a alíquota mínima do IPTU, considerando a ilegalidade e a inconstitucionalidade da instituição ou a majoração das exações. 4. Agravo Regimental não provido"*. (AgRg nos EDcl no Ag 1124316/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/12/2009).

Avançando, pois, no mérito, cumpre examinar as matérias devolvidas à apreciação pela parte apelante, especialmente quanto à necessidade de condenação da apelada ao pagamento de perdas e danos, pelo descumprimento da obrigação contratualmente assumida, no importe correspondente a 25% do que fora pago, à reversão das arras a favor da promitente-vendedora, à aplicação dos juros e correção monetária sobre as parcelas a serem restituídas e, por fim, quanto à taxa de fruição a ser paga a favor da empresa apelante.

Sobre estes pontos, inclusive, a parte demandada, apesar de não manejar a competente reconvenção, impugnou o valor da cláusula penal, pleiteando a incidência de juros e correção sobre as parcelas que lhe serão restituídas e, por fim, requereu que a cláusula penal não seja aplicada de forma cumulada com a taxa de fruição (f. 62-65).

Assim, passo à análise de cada um dos tópicos devolvidos à análise pela parte recorrente, com fundamento nos §§1º e 3º do art. 515 do CPC.

3 Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
[...]
§ 3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Consigne-se, inicialmente, que o contrato objeto de rescisão nestes autos contém, além da cláusula de indenização pela fruição, a cláusula penal pré-fixando as perdas e danos em caso de inadimplemento do contrato (f. 16), institutos que na verdade não se confundem.

É que a cláusula penal compensatória destina-se a reparar perdas e danos que uma das partes venha a sofrer em decorrência do inadimplemento, enquanto a taxa de fruição está estritamente vinculada ao gozo, ao aproveitamento das utilidades e dos frutos da coisa, tanto é verdade que a indenização equivalente a um aluguel só será devida a partir do momento em que o comprador tiver a posse do imóvel e restar caracterizada a sua inadimplência.

Conseqüência lógica da distinção entre os citados institutos, é que a cobrança de um valor mensal, como forma de o comprador retribuir à vendedora o uso e gozo do imóvel durante todo o tempo de ocupação do bem, não implica em *bis in idem* quando há a aplicação da cláusula penal.

Feito este breve esclarecimento acerca da controvérsia debatida nestes autos, passo à análise de cada um dos fundamentos devolvidos à apreciação pela promitente vendedora.

Da cláusula penal.

Acerca do tema, é incontroverso ser direito do promitente comprador a restituição dos valores pagos ao promitente vendedor, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, uma vez que a rescisão de um contrato exige, na medida do possível, que se promova o retorno das partes ao *status quo ante.*

De acordo com o entendimento do STJ é admissível a fixação de multa no patamar de 10% a 25%, conforme as circunstâncias evidenciadas no caso concreto. Confiram-se, os seguintes precedentes:

> *"DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.* ***2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.*** *3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão. 4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensar em parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador. 5. Recurso especial a que se nega provimento."* (REsp. 1224921/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011).

> *"DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR. RESSARCIMENTO DO PROMITENTE VENDEDOR PELA UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL DURANTE O PERÍODO EM QUE O CONTRATO FOI CUMPRIDO. CABIMENTO.* ***1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito***

dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do compromissário comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção de 20% das prestações pagas, mais as despesas referentes ao recolhimento de impostos, taxas de condomínio, seguro e outros débitos exigidos até o habite-se, mais as perdas e danos pela utilização do imóvel, considerando o valor correspondente à locação durante o período entre a mora e a reintegração. *2. A retenção de percentual sobre o valor das prestações pagas visa, entre outras coisas, a ressarcir o promitente vendedor pela utilização do imóvel durante o período em que o contrato foi cumprido. 3. Recurso especial dos primeiros recorrentes não provido. Recurso especial do segundo recorrente provido."* (REsp. 963.073/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/04/2012).

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE 25% EM BENEFÍCIO DO VENDEDOR. ALUGUÉIS PELO USO DO IMÓVEL. TERMO A QUO. SÚMULA 7. ***1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resilição do compromisso de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. Nesse caso, o distrato rende ao promissário comprador o direito de restituição das parcelas pagas, mas não na sua totalidade, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, entendido como tal 25% do valor pago.*** *3. O acórdão entendeu que os recorridos foram constituídos em mora somente com a notificação extrajudicial, termo a partir do qual foram fixados os aluguéis pelo uso do imóvel, por isso tal conclusão não se desfaz sem o reexame de provas. Incidência da Súmula 7.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido." (REsp. 838.516/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 26/05/2011).

E que não destoa dos precedentes desta Câmara Cível:

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL COM OPÇÃO DE COMPRA – OPORTUNIZAÇÃO DA PURGA DA MORA – MULTA – REDUÇÃO – ARTIGO 413, DO CC – TAXA DE FRUIÇÃO – BASE DE CÁLCULO – VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL – REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A existência de duas notificações enviadas ao devedor informando os valores inadimplidos e concedendo prazo para o pagamento afasta a alegação de ausência de oportunidade para purga da mora.

Os Tribunais Superiores entendem ser possível a retenção de multa em patamar superior a 10% (dez por cento), mormente como ocorre no presente caso, que já houve uma redução deste percentual, com fulcro no artigo 413, do CC.

A taxa de fruição, por se tratar de indenização paga ao proprietário do imóvel em razão de seu uso, deve ser calculada com base no valor de mercado do imóvel.

Não merecem redução os honorários de sucumbência arbitrados em observância aos parâmetros fixados no artigo 20, § 3º, do CPC.

Recurso conhecido e provido."

(TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.016544-4/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. 26/06/2012).

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – RESTITUIÇÃO – CLÁUSULA PENAL – INADIMPLÊNCIA POR PARTE DO COMPRADOR – CLÁUSULA PENAL EM 50% – ABUSIVA – POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELO JUIZ – RECURSO IMPROVIDO. ***Se a cláusula penal prevista no contrato é abusiva, pode o magistrado reduzi-la ao patamar razoável e justo que, no caso dos autos, entendeu ser de 10% sobre o total das parcelas quitadas."*** (TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Proc. Especiais n. 2005.000874-0/0000-00 - Corumbá. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 7.3.2005).

Na hipótese, de acordo com os parágrafos primeiro e segundo da cláusula décima quarta do contrato firmado entre as partes (f. 16), restou avençado descontos nos valores a restituir à apelada, a título de punição pela inadimplência, no percentual total de 30% sobre o valor das quantias pagas (cláusula décima quarta).

Logo, verifica-se que a supracitada avença confere à apelante uma excessiva vantagem, especialmente porque esta não demonstrou qualquer prejuízo com a rescisão do contrato. O que se tem, ao revés, é que a apelante ao retomar o imóvel poderá novamente alienã-lo, razão pela qual julgo ser ponderável a retenção fixada pelo magistrado de primeira instância.

Ademais, no caso dos autos, além da cláusula penal, a parte apelante, face o inadimplemento da apelada, também será recompensada pela taxa de fruição, devendo, portanto, ser reduzida para o percentual de 10% (Dez por cento).

Entretanto, saliento que o valor a ser devolvido pela apelante e o percentual de retenção devem compreender apenas o total das parcelas pagas, excluída, portanto, a importância relativa ao sinal (arras), o qual, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), deve ser integralmente perdido pela apelada em favor da apelante.

A propósito, segue a orientação do STJ:

"DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador. [...] 3. ***Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão****.[...] 5. Recurso especial a que se nega provimento."* (REsp. 1224921/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011).

E que não destoa de precedente desta Corte de Justiça, ***"se o promitente-comprador, em razão de sua inadimplência, deu causa a rescisão contratual, possível a retenção do sinal pago por ele a título***

de arras pela promitente-vendedora" (TJMS. Quinta Turma Cível. Apelação Cível de n. 2007.011152-4. Desembargador Relator Luiz Tadeu Barbosa Silva. J. 23/07/2009).

Portanto, determino a exclusão das arras do percentual devido a título de indenização pelas perdas e danos devido pela apelada à construtora apelante.

Logo, julgo parcialmente procedente o pedido de condenação da ré-apelada ao pagamento de cláusula penal, a qual reduzo para 10% (Dez por cento) a favor da empresa apelante, cujo importe deverá ser descontado dos valores que lhe serão devolvidos, pela rescisão do contrato, face a inadimplência desta.

Incidência de correção e juros de mora sobre os valores pagos pela parte ré.

A apelante pugna pela observância do disposto no art. 884 do CC, que cuida sobre a incidência de correção monetária e juros de mora sobre os valores efetivamente pagos pela mutuária inadimplente, ora apelada.

Sobre esta matéria, é assente no Superior Tribunal de Justiça que a correção monetária não constitui gravame ao devedor, não é um *plus* na condenação, mas tão-somente fator que garante a *integra restitutio,* que representa a recomposição do valor real da moeda aviltada pela inflação.

Com efeito, para que a devolução se opere de modo integral a incidência da correção monetária deve ter por termo inicial o momento dos respectivos desembolsos, quando aquele que hoje deve restituir já podia fazer uso das importâncias recebidas.

Isto porque, a restituição nominal, sem a devida atualização do valor da moeda gera diminuição patrimonial daquele que transferiu o dinheiro e, via de conseqüência, melhoria desmotivada da situação financeira de quem recebeu, representando o enriquecimento sem causa.

Outrossim, no que tange ao *dies a quo* para o cômputo dos juros moratórios melhor sorte ampara a pretensão da apelante, uma vez que a situação deste litígio envolve particularidades cujo destaque é imprescindível para o deslinde da controvérsia.

Primeiramente não se pode perder de vista que a rescisão contratual foi postulada pela promitente vendedora, ora apelante, em razão do inadimplemento da apelada. Não fosse isso, infere-se que por força de previsão contratual à apelada seria devido o reembolso com desconto de 30% da quantia paga, que, entretanto, é reduzido neste voto (julgamento), conforme fundamentação alhures declinada.

Em situação análoga, em que se discutiu o termo inicial dos juros moratórios sobre a parcela a ser restituída ao promitente-comprador em razão de procedência do pedido de ação de resolução de contrato, com a redução do percentual a ser devolvido, o Superior Tribunal de Justiça assentou que os juros de mora correrão a partir do trânsito em julgado, conforme se infere dos seguintes precedentes:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - DESISTÊNCIA MOTIVADA POR PARTE DO COMPRADOR - RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - DATA DO TRANSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL - DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE - PRECEDENTES. INSURGÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR. 1. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão."* (REsp. 1008610/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Segunda Seção, DJe 3/9/2008). *"2. Agravo regimental não provido."* (AgRg. no

AREsp. 18.316/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 22/05/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO NA DECISÃO LIQUIDANDA. SÚMULA 254 DO STF E ART. 293 DO CPC. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. É de ordem pública a matéria atinente à fixação dos juros de mora nas decisões judiciais. Inocorrência de afronta ao art. 517 do CPC. 2. "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação" (Súmula 254 do STF). Incidência do art. 293 do CPC. 3. A Segunda Seção deste Tribunal Superior sufragou o entendimento de que "na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão" (REsp 1.008.610/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 03.09.2008)*, "porquanto somente a partir daí é que surgiu a mora da promitente-vendedora. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg. no REsp. 759.903/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010).

"CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO UNILATERAL PELO PROMITENTE- COMPRADOR INJUSTIFICADAMENTE. PARCELA A SER RESTITUÍDA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO DE FLUIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. I. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão. II. Inexistência de mora anterior da ré. III. Recurso especial conhecido e provido." (REsp. 1008610/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2008, DJe 03/09/2008).

A razão desse posicionamento é que se o julgado determinou a restituição da quantia paga pelo promitente comprador de forma diversa do contratualmente previsto, somente o julgamento que reduziu a cláusula penal estipulada no caso de pretensão do desfazimento unilateral da avença ao valor efetivamente devido é que se pode falar em mora e, a partir daí, iniciar-se a fluência dos juros moratórios.

Assim, afigura-se cristalino que a obrigação de reembolso de percentual do montante pago somente surgiu com a redução da cláusula penal determinada por decisão judicial. Pensar de modo diverso, *data venia*, ter-se-ia situação anômala de constituição da mora do promitente-vendedor no momento da citação do promitente-comprador que, por inadimplência, deu causa a rescisão do contrato.

Taxa de fruição.

Não obstante as alegações apresentadas em defesa pela parte demandada, ora apelante, consoante entendimento jurisprudencial mais balizado, a cobrança da taxa de fruição faz-se plenamente cabível.

O vigente Código Civil estatuiu o princípio da boa-fé objetiva, fundado na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balisadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura, exigindo que na consecução dos objetivos do negócio jurídico seja mantido o equilíbrio contratual, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Na hipótese, restou incontroverso o fato de que a apelada usufruiu do bem imóvel *sub judice* sem adimplir a obrigação assumida, isto é, sem pagar as parcelas contratadas, o que demonstra que o não pagamento da taxa de fruição, prevista contratualmente, ensejaria o enriquecimento sem causa do consumidor.

Isto porque o uso prolongado do bem deteriora a coisa, mesmo sendo esta, bem imóvel, sendo defeso deixar de se reconhecer que, embora imóvel, o bem sofre esta ação de uso contínuo, além do que, não pode ser vendido, sem que se faça reparos necessários, sob pena de decréscimo no seu valor.

Neste sentido segue precedente desta Terceira Câmara Cível:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS – TAXA DE FRUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL – CUMULAÇÃO COM CLÁUSULA PENAL – ADMISSIBILIDADE – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ABUSIVIDADE – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – INOVAÇÃO NA LIDE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.* ***1 - É possível a estipulação contratual de indenização pela fruição do bem quando o promitente comprador permanecer no imóvel sem pagar as parcelas.*** *2 - Admite-se a cumulação da cláusula penal com a cláusula de fruição do bem por não representarem oneração excessiva ao consumidor. 3 - Não colhe a argumentação de abusividade do percentual da taxa de fruição quando a parte não demonstrar em que consistiria a falta de razoabilidade. 4 - Não deve ser conhecida a pretensão de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, uma vez que a análise de matéria suscitada somente no recurso de apelação fere os princípios dispositivos, da concentração e da eventualidade, implicando inovação da lide em sede recursal, o que é vedado pelo sistema processual e, em especial, pelo aparato recursal em razão do efeito devolutivo. 5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.020928-9/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. 31/07/2012).

> *E que não destoa da orientação do Superior Tribunal de Justiça:*

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. TAXA DE FRUIÇÃO. CABIMENTO. PERÍODO DE UTILIZAÇÃO DO BEM. IMÓVEL. INACABADO E IMPRÓPRIO PARA HABITAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. 1. Não tendo havido o prequestionamento dos temas ventilados nas razões do recurso especial, incide o enunciado 211 da Súmula do STJ. 2.* ***Tendo sido ordenada a rescisão do contrato, com a devolução de todos os valores corrigidos pagos à construtora, justifica-se o desconto da taxa de fruição relativa ao período em que o devedor ocupou o bem.*** *3. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo enunciado 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg. no Ag. 1244684/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 10/04/2012).

Asssim, em face de rescisão da avença, com a devolução de todos os valores corrigidos pagos à promitente-vendedora, resta justificado o desconto da taxa de fruição, contratualmente prevista (Parágrafo quarto da cláusula décima quarta - f. 16), relativa ao período em que a promitente-compradora ocupou o bem de forma inadimplente.

Em outras palavras, a empresa apelante só faz jus à incidência da taxa de fruição a contar da data da ocupação indevida do imóvel, ou seja a partir de quando a promitente compradora deixou de adimplir com as parcelas ajustadas, e não a partir da efetiva posse, como requer no recurso de apelação.

Neste sentido, seguem precedentes deste Tribunal:

> *"[...] A taxa de fruição corresponde ao período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações."* (Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2003.008441-0/0001.00. 3ª Turma Cível. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. J. 25/08/2003).

> *"[...] A taxa de fruição tem como fato a ocupação indevida do imóvel pela promitente compradora, que usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações. A retro taxa corresponde ao período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações."* (Apelação Cível n. 2003.008359-6/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

Portanto, sobre esta matéria, especialmente em razão da circunstância de que se determinou a devolução das prestações pagas pela apelante, promitente-compradora, ao longo do contrato, julgo parcialmente procedente o pedido de condenação da ré-apelada ao pagamento da taxa de fruição a contar de sua inadimplência com as parcelas contratualmente ajustadas (maio de 2006 – f. 114).

Redimensionamento dos ônus sucumbenciais.

Por fim, considerando a reforma da sentença, com o julgamento de parcial procedência dos pedidos autorais, cumpre proceder o redimensionamento dos ônus sucumbenciais.

No caso dos autos, restou evidenciada a sucumbência parcial que justifica a divisão proporcional das custas processuais e dos honorários advocatícios, no percentual de 30% à parte apelante e 70% à parte apelada.

Isto porque cada uma das partes restou vencedor e vencido, devendo-se, portanto, distribuir proporcionalmente as despesas processuais entre estes.

Entretanto, será ser observado o disposto na Súmula 306 do STJ, devendo eventual saldo de honorários advocatícios ser objeto de cumprimento de sentença.

Não obstante, considerando que a parcial procedência dos pedidos possui cunho condenatório, reformo o valor dos honorários arbitrados pelo juízo de origem, com fulcro no §4º do art. 20 do CPC, arbitrando-o em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, a teor do disposto no §3º do mesmo artigo de lei.

III - Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por **Cobravi Construtora Ltda.** e **dou-lhe provimento parcial**, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial a fim de:

- declarar a resolução do contrato firmado entre as partes e reintegrar a autora-apelante na posse do imóvel objeto do instrumento particular de promessa e compra e venda de f. 16;

- condenar a ré ao pagamento de cláusula penal a favor da autora, no valor equivalente a 10% (dez por cento) sobre o total das parcelas pagas, devidamente atualizadas a contar do desembolso, pelo IGPM, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão, consoante orientação do STJ, excluída a importância relativa ao sinal (arras), que deve ser perdida a favor da autora;

- condenar a ré ao pagamento da taxa de fruição, no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor de mercado do imóvel, relativa ao período em que esta ocupou o bem de forma inadimplente (maio/2006 – f. 114).

Por outro lado, considerando a resolução do contrato mantido entre as partes, a autora deverá restituir à ré as quantias por esta pagas, devidamente atualizada a contar do desembolso, pelo IGPM, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão, consoante orientação do STJ, ficando, outrossim, autorizada a proceder o desconto dos valores acima referidos, a título de cláusula penal e taxa de fruição.

Ante a sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 20, §3º do CPC, deverão ser suportados no percentual de 30% à parte autora-apelante e 70% à parte ré-apelada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 21 de maio de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800259-75.2012.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA – CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – DECADÊNCIA RECONHECIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 178, II DO CC – TERMO INICIAL DA CONFECÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – PRINCÍPIO DA SUBSTANCIAÇÃO – FATOS QUE DEMONSTRAM A NULIDADE DO NEGÓCIO PELA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO AGENTE – NECESSÁRIO JULGAMENTO DA LIDE SOBRE OUTRO ENFOQUE ATINENTE À FALTA/INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Com fundamento no princípio da substanciação, enunciado pelo brocardo *da mihi facto, dabo tibi ius*, a despeito de o autor-apelante sustentar sua pretensão alegando a ocorrência de vício de consentimento, resultante no erro, supostamente ocasionado pelo réu, seu antigo genro, em verdade, infere-se que o pedido inicial fundamenta-se na ausência de manifestação de vontade do autor-apelante, o que torna, portanto, nulo de pleno direito o negócio que se pretende invalidar.

II - Se parte dos indícios que se evidenciam nos autos, são suficientes para demonstrar que a vontade do apelante não se manifestou livremente, imperiosa se faz a reforma da sentença recorrida que concluiu pela aplicação do dispositivo que determina o reconhecimento da decadência do direito de anulação de negócio jurídico, porquanto o litígio deve ser julgado por outro foco, atinente à falta / inexistência de manifestação da vontade e, que, assim, tornam nulo o referido negócio jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Mateus Veron, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação anulatória de escritura pública de cessão de direitos hereditários ajuizada em face de **Gilmar Henrique Irala,** que acolheu a preliminar de decadência arguida pelo demandado, extinguindo o feito, com fundamento no art. 269, inc. IV do CPC (f. 113-115), interpôs recurso de apelação (f. 118-128).

Afirmou que a presente ação foi ajuizada, sob a alegação de ter sido "trapaceado" pelo réu-apelado, companheiro de sua filha, Mariza Medina Veron, *"ao ter sido levado para fazer um parcelamento de IPTU*

atrasado, quando na verdade foi dolosamente, induzido a erro, a se desfazer, mediante arquitetada venda, da sua parte de meeiro na propriedade de um imóvel" (f. 121), mediante escritura pública.

Argumentou que, não obstante o "negócio" ter-se realizado no ano de 2004, tomou ciência de seu teor somente no ano de 2011, porque à época dos fatos já era uma pessoa idosa, sem instrução, em razão de possuir discernimento limitado e comprometido.

Alegou que o réu-apelado, aproveitando-se da fragilidade do autor-apelante, conforme se infere das fotos de f. 23, que evidenciam que o mesmo é idoso e deficiente, por não possuir um dos braços, lesou-o, violando as normas que regem o Estatuto do Idoso.

Defende que a ciência do autor, acerca do referido golpe, somente ocorreu em 2011 quando a referida escritura pública foi juntada nos autos da ação de despejo para uso próprio, feito nº 0006925.62.2011.8.12.0019, promovida pelo autor em face de Maria José Silva Melo, sua ex-nora, oportunidade em que apresentou representação criminal junto ao Ministério Público (f. 13-22) e pugnou pela abertura de inventário, na qualidade de viúvo meeiro dos bens deixados por sua falecida esposa.

Questiona que não pode ser reconhecida a decadência do direito do demandante, porquanto não tinha conhecimento do referido negócio jurídico viciado, sendo, assim, discipienda a exigência de que deveria ter manifestado sua vontade e exercer seu direito.

Pugna que o autor-apelante não seja submetido às sanções da decadência, com fulcro nos princípios fundamentais da socialidade, eticidade e operabilidade, em harmonia com CF, a fim de que seja conferido prevalência aos valores coletivos em detrimento dos individuais.

Concluiu que em decorrência do absoluto desconhecimento do teor do negócio realizado, pelo autor-apelante tratar-se de pessoa idosa, com compreensão limitada, não lhe pode ser imputado o início da contagem do prazo decadencial, quando sequer era conhecido o direito postulado.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a alegada decadência do direito autoral.

O réu-apelado apresentou contrarrazões (f. 133-161), oportunidade em que pleiteou a negativa de seguimento do recurso, por decisão monocrática ou pelo seu não provimento, com a manutenção da sentença recorrida.

Determinei vista dos autos à PGJ, em razão do feito envolver direito de pessoa idosa e hipossuficiente (f. 163). Entretanto o órgão ministerial deixou de opinar no processo, sob o fundamento de não haver interesse por parte do Ministério Público Estadual pela ausência de qualquer das hipóteses do art. 82 do CPC ou mesmo interesse social relevante concernente à qualidade do apelante de ser pessoa idosa (f. 164-166).

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **Mateus Veron** em face da sentença proferida nos autos da ação anulatória de escritura pública de cessão de direitos hereditários ajuizada em desfavor de **Gilmar Henrique Irala,** que acolheu a preliminar de decadência arguida pelo demandado, extinguindo o feito, com fundamento no art. 269, inc. IV do CPC (f. 113-115 e f. 118-128).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos.

Impede, preambularmente, fazer um **breve retrospecto dos fatos que permeiam o presente litígio**.

Mateus Veron, ora apelante, ajuizou a presente ação anulatória de escritura pública de cessão de direitos hereditários em face do réu, seu ex-genro, alegando que, em 05/02/2004, contando com mais de 79 (setenta e nove) anos, foi convencido pelo réu a comparecer à Prefeitura Municipal de Ponta Porã, para efetivar um parcelamento da dívida de IPTU existente sobre seu imóvel, quando, na verdade, foi "ardilosamente" levado ao Cartório de Registro de Imóveis, para assinar uma Escritura Pública de Cessão de Direitos Hereditários.

Defende que teve a ciência sobre o teor do referido documento, quando este foi juntado aos autos da ação de despejo para uso próprio, feito nº 0006925.62.2011.8.12.0019, promovida em face de Maria José Silva Melo, sua ex-nora, pugnando, assim, pela anulação do referido documento viciado, nos termos do art. 171, II do CC.

O demandante argumenta que o vício noticiado restou evidenciado pela ausência de juntada nos autos de um recibo assinado pelo autor, comprovando o recebimento da quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), pela venda do imóvel de sua propriedade, matrícula 19.345-A, bem como pela não transferência do bem para o nome do réu-apelado (f. 12), continuando os impostos a ele inerentes constar em nome do autor (f. 73 a 76).

Segundo o apelante, o réu não comprovou, mediante cópia de Declaração de Renda de Pessoa Física, ano 2005, a aquisição do citado imóvel, tendo o autor permanecido no bem até o ano de 2007, ano que faleceu seu filho Sílvio, quando sua ex nora expulsou-o de sua propriedade.

Argumenta-se que o autor desconhecia ter realizado a venda de sua propriedade, tanto que imediatamente após ter tomado ciência do ocorrido, formulou representação criminal contra o réu (IPL n.º 34/12 - 1º DP), pugnado, ainda, pela abertura de um inventário (0006925-62.2011.8.12.0019) e ingressou com a presente ação anulatória.

Pelo exposto requeremos seja acatada a pretensão postulada na peça inicial, por estar devidamente comprovada a veracidade de seu teor, refutando totalmente as fantasiosas justificativas contidas na contestação, a fim de que se proceda a anulação da Escritura Pública de Direitos Hereditários, registrada no Livro n. 223, Fls. 166.

Devidamente citado, o réu-apelado apresentou contestação (f.45-70), arguindo, preliminarmente, a decadência do direito do autor, com fulcro no art. 178 do CC, insurgindo-se, no mérito, contra a pretensão autoral, alegando que o autor utiliza-se do fato de ser pobre e não possuir um dos braços na tentativa de sustentar sua descabida pretensão, que não merece ser acolhida, porque não se trata de pessoa interditada e goza de perfeitas condições mentais, apesar de sua idade, tendo livremente disposto de sua propriedade, mediante a lavratura de documento público e recebimento do valor de R$3.000,00 (três mil reais).

O réu-apelado afirmou que o tabelião constatou que o autor-apelante tratava-se de pessoa capaz e que o presente litígio tem origem de discórdia familiar, que vem incitando o autor a promover o presente pedido anulatório.

Alegou que o réu que vinha efetuando o pagamento do parcelamento dos débitos de IPTU perante a Prefeitura, em nome de Mariza Veron Silva, filha do autor e que a casa edificada sobre o referido terreno foi demolida, *"antes que desabasse em cima do requerido"* (f. 67).

Diante deste cenário, o juízo de primeira instância designou a realização de audiência de conciliação (f. 106), oportunidade em que proferiu a sentença recorrida, para reconhecer a decadência do direito do autor, *in verbis*:

> *"[...] O feito esta apto a julgamento, nos termos do art. 330, I do CPC, porquanto o deslinde do feito independe da produção de provas. È que no caso, a preliminar de decadência suscitada deve ser acolhida. Isso porque cuida-se de ação anulatória de negócio jurídico formalizado em 05/02/2004, aplicando-se o disposto no art. 178, II do CC/2003. Embora a parte requerente sustente que não se deu transcurso do lapso decadencial, porque até então não tinha ciência da realização do negócio, pois acreditava ter efetivado simples parcelamento do IPTU, tal fato, por si só, não impede a fluência do prazo decadencial. Veja-se que o dispositivo que estabelece o prazo é taxativo, estabelecendo que o prazo decadencial decorre, inclusive na hipótese de erro, a partir da data da realização do ato jurídico. Ora, se o legislador quisesse estabelecer que a fluência do prazo ocorreria da ciência da existência do vício do consentimento, o teria feito expressamente. Para tanto, não cabe dar interpretação extensiva ao teor do artigo legal. In casu, note-se que a parte autora está a pretender com a presente demanda anulação de atos translativos de propriedade, negócio jurídico em sua essência. Cumpre, neste passo, reconhecer que o Código Civil de 1916 continha certa impropriedade terminológica, ao prever, em seu artigo 178, § 9º, ser de 04 (quatro) anos o prazo para a ação de anular ou rescindir os contratos . (grifei). Com supedâneo neste fundamento é que o ora requerente estribou sua sustentação, ao dizer que a decadência somente pode começar a ser contada a partir da ciência do vício. Entretanto, o prazo para anulação do direito de ação previsto no 178, § 9º, do Código Civil de 1916, não se restringia, na verdade, às hipóteses de contratos, mas a qualquer negócio jurídico que porventura estivesse maculado em seu nascedouro por vícios, como a simulação (alegada como causa de pedir da inicial), o dolo, o erro e a fraude contra credores. Tanto assim é verdade que, na busca de dar uma maior precisão técnica aos institutos de direito material, o legislador pátrio, ao conceber o novo Código Civil, tratou de corrigir o equívoco, quando estabeleceu a redação do seu artigo 178, verbis: Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico. Como visto, o legislador não restringiu aos contratos formados em fraude a credores o prazo decadencial de quatro anos, mas a todo e qualquer negócio jurídico. E foi mais longe.*
>
> *Assentou ser de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado da data de sua realização, arredando, de vez, qualquer dúvida que ainda pairasse quanto à natureza do 'Ato-fato Caducificante' aplicável à espécie. Nesse passo, será decadencial o prazo para anular negócio jurídico quando decorrente de vícios de consentimento, cuja conclusão advém da tradicional divisão dos direitos subjetivos em direitos de dominação e em direitos de formação. Quanto aos primeiros, tem-se que são os que põem em confronto as pessoas, sujeitando-as a uma violação, ao passo que os direitos de formação são os direitos subjetivos não-sujeitos a uma violação por outrem, não correspondendo à tradicional noção de 'direito ? dever' , e só dependem de seu titular, o qual, pelo exercício judicial ou extrajudicial, intervém na sua própria esfera ou na esfera alheia, a que a outra parte deve se sujeitar. São, estes, pois, os chamados direitos potestativos. Os prazos prescricionais atingem somente os direitos subjetivos sujeitos a uma violação, presumindo-se aqui um direito substantivo já exercido pelo titular, já transformado em ato, e que foi obstaculizado. Em contrapartida, os prazos decadenciais, porque o direito do titular existe apenas em potência, não em ato, alcançam os direitos subjetivos não sujeitos a uma violação, chamados faculdades. Nesse passo, segundo os critérios fixados por Agnelo Amorim Filho, conclui-se que todas as ações condenatórias (e somente elas) estão sujeitas à prescrição, ao passo que os únicos*

direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os chamados direitos potestativos, ligados às ações de cunho constitutivo. No concreto caso dos autos, repito, o requerente, visa a declaração de anulidade dos atos translativos de propriedade (escritura pública de cessão de direitos hereditários), pois que, na sua ótica, o negócio jurídico fundou-se em erro/simulação, decorrente de manifestação enganosa da sua vontade, onde um terceiro, ardilosamente lhe induziu a praticar ato jurídico diverso do que pretendia. A ação anulatória (que é o caso dos autos), por conter natureza eminentemente constitutiva (negativa), se insere dentre aquelas demandas que são atingidas pela decadência (pela via oblíqua, na verdade, já que ela fulmina o direito em si), uma vez que, ao se constituir no instrumento hábil para alcançar a anulação do negócio jurídico concebido mediante vício de consentimento (erro), tende à modificação e estados jurídicos. Dessa forma, no que toca ao início do prazo para a busca da concretização do direito, ao contrário do que sustenta o requerente, para quem só teria início a partir da data em que, segundo sustenta, teve conhecimento da verdadeira natureza do negócio, inicia-se, em verdade, da data em que houve a formalização da cessão de direitos, por se constituir no momento em que se consumou o ato reputado de vicioso, e que a parte autora pretende anular, como bem asseveram os arestos do Superior Tribunal de Justiça, infra transcritos: TRANSAÇÃO. DECADÊNCIA. A ação para desconstituir transação por vício de vontade deve ser exercida em quatro anos, sob pena de decadência do direito formativo (art. 178, § 9º, V, b, do CCivil). Recurso não conhecido." (REsp. 468.026/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 04.02.2003, DJ 07.04.2003 p. 295). REsp. 118051 / SP ; RECURSO ESPECIAL - Relator(a) Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 08/06/2000. *"Ementa: DIREITO CIVIL. AÇÃO PAULIANA. FRAUDE NA DOAÇÃO DE IMÓVEIS. PRAZO DE DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM. CÓDIGO CIVIL, ART. 178, § 9º, V, "B". INTERPRETAÇÃO. I - Em se tratando de ação pauliana em que se postula a invalidação da doação de imóveis com base em alegação de fraude, o termo inicial do prazo de decadência conta-se da data do registro da respectiva escritura e não da lavratura desta. Precedente do STJ. II - Recurso especial não conhecido. Por outro lado, também não merece acolhida a alegação de que a suposta incapacidade do requerente obsta a fluência do prazo, porque como se viu acima, a questão encontra-se atingida pela decadência, cujo lapso é contínuo e ininterrupto, não se sujeitando às causas suspensivas e interruptivas aplicáveis à prescrição, por extinguir o próprio direito.* **ISSO POSTO, ante o teor do art. 178, II do CC/2003, acolho a preliminar de decadência, e com base no art. 269, IV, determino a extinção do feito, com resolução de mérito**. *Condeno o requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 850,00 (oitocentos reais), o qual deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde o arbitramento, levando em conta a complexibilidade da causa, o tempo e o trabalho desenvolvido, e de acordo com o previsto no art. 20, § 3º do CPC. Todavia, considerando que o requerente esta amparado pela AJG, suspendo a exigibilidade do ônus que lhe foi imposta, ante o que dispõe o art.12 da Lei 1.050/60. Publicada em audiência. Saem as partes intimadas. Registre-se. Oportunamente, arquivem-se".* (f. 113-115).

Inconformado com o referido desfecho, o autor interpôs o presente recurso e afirmou que, não obstante o "negócio" ter-se realizado no ano de 2004, tomou ciência de seu teor somente no ano de 2011, porque à época dos fatos já era uma pessoa idosa, sem instrução, em razão de possuir discernimento limitado e comprometido.

Alegou que o réu-apelado, aproveitando-se de sua fragilidade, conforme se infere das fotos de f. 23, que evidenciam que se trata de idosa e deficiente, por não possuir um dos braços, lesou-o, violando as normas que regem o Estatuto do Idoso.

Defende que a ciência do autor, acerca do referido golpe, somente ocorreu em 2011 quando a citada escritura pública foi juntada nos autos da ação de despejo para uso próprio, Feito n.

0006925.62.2011.8.12.0019, promovida pelo autor em face de Maria José Silva Melo, sua ex-nora, oportunidade em que apresentou representação criminal junto ao Ministério Público (f. 13-22) e pugnou pela abertura de inventário, na qualidade de viúvo meeiro dos bens deixados por sua falecida esposa.

Questiona que não pode ser reconhecida a decadência do direito do demandante, porquanto não tinha conhecimento do referido negócio jurídico viciado, sendo, assim, discipienda a exigência de que deveria ter manifestado sua vontade e exercer seu direito.

Segundo as razões recursais, o autor-apelante não pode ser submetido às sanções da decadência, com fulcro nos princípios fundamentais da socialidade, eticidade e operabilidade, em harmonia com CF, a fim de que seja conferido prevalência aos valores coletivos em detrimento dos individuais.

Concluiu que em decorrência do absoluto desconhecimento do teor do negócio realizado, por tratar-se de pessoa idosa, com compreensão limitada, não lhe pode ser imputado o início da contagem do prazo decadencial, quando sequer era conhecido o direito postulado.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a alegada decadência da direito autoral.

Primeiramente cumpre registrar que, com fundamento no **princípio da substanciação**, enunciado pelo brocardo "da mihi facto, dabo tibi ius", a despeito de o autor-apelante sustentar sua pretensão alegando a ocorrência de vício de consentimento, resultante no erro, supostamente ocasionado pelo réu, seu antigo genro, em verdade, infere-se que o pedido inicial fundamenta-se na ausência de manifestação de vontade do autor-apelante, o que torna, portanto, nulo de pleno direito o negócio que se pretende invalidar.

Logo, se o ordenamento jurídico adota, como causa de pedir, a razão que serve de base à formulação do pedido e, consequentemente, ao exercício do direito de ação, é permitido que o julgador solucione o litígio de acordo com os fundamentos jurídicos adequados à controvérsia, ainda que o postulante não os tenha mencionado nos autos.

Neste sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 - STF. PRINCÍPIO DA SUBSTANCIAÇÃO. APLICAÇÃO. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. 1. Em recurso especial, não se analisa matéria constitucional. 2. Embora opostos embargos declaratórios, não se faz suprido o prequestionamento se o Acórdão deixa de se manifestar sobre um dos fundamentos trazidos; caberia à parte invocar afronta ao CPC, art. 535.* ***3. Adotado o princípio da substanciação, ao juiz cabe, com base nos fatos e fundamentos jurídicos trazidos, analisar todas as questões à luz do direito vigente.*** *4. O dissídio interpretativo deve ser demonstrado nos moldes do RISTJ, art. 255, e parágrafos. 5. Recurso não conhecido."* (REsp. 109.692/PI, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 223).

Diante destas considerações, entendo que o presente litígio deve ser analisado com o foco diverso daquele consignado pelo juízo de origem, que, partindo do princípio de que o negócio seria anulável, acolheu a preliminar de decadência arguida pela parte demandada e extinguiu o feito, com fundamento no art. 269, inc. IV do CPC, face do decurso de prazo superior àquele estabelecido no art. 178 do CC para pleitear-se a anulação do negócio, contado do dia em que este se realizou.

Com efeito, na hipótese, o fundamento jurídico da ação é traduzido pela **ausência de manifestação de vontade**, externada defeituosamente, na realidade de um artifício, empregado para induzir à prática de um ato prejudicial, em proveito do réu, ora apelado.

De acordo com a lição doutrinária de Vicente Ráo:

> *"Os elementos volitivos compreendem a vontade propriamente dita, a vontade de declarar e a vontade do conteúdo da declaração, constituindo, com o fato ou comportamento da declaração, requisito essencial dos atos jurídicos". ("Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema entre os elementos volitivos e a declaração".* 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1981, pág. 133).

Em verdade, as consequências e os efeitos jurídicos proporcionados pelo documento público, indevidamente assinado pelo apelante, não eram queridos/desejados por este. O apelante, homem idoso, com quase 80 (oitenta) anos, sem instrução, sozinho, com deficiência auditiva e física, foi presa fácil ao apelado, homem jovem, obtendo este, através do chamado "dolo de captação ou de sugestão" seus intentos de cessão dos direitos hereditários sobre imóvel, em que o apelante estabelecia sua residência.

De acordo com as circunstâncias que permeiam os autos, autoriza-se uma segura conclusão de que o apelado se valeu do precário estado mental do apelante, decorrente de senilidade e da baixa instrução, para obtenção da transferência, granjeando-lhe a estima, a simpatia, as boas graças, decorrente do vínculo familiar que possuíam (sogro e genro), conquistas impregnadas de má-fé, provocando-lhe equívoco sobre seus verdadeiros sentimentos.

Portanto, à evidência, tivesse o apelante atinado com a intenção de se seu ex-genro, com seus reais sentimentos, não assinaria qualquer documento de transferência de bens.

Desta forma, conclui-se que a captação ou sugestão, em casos tais, deturpa o caráter espontâneo do ato, o que, entretanto, deve ser objeto de prova, em instrução do processo, a fim de se comprovar estas alegações que se mostram pertinentes ao caso, diante de todas as circunstâncias que o permeiam.

Logo, se parte dos indícios que se evidenciam nos autos, são suficientes para demonstrar que a vontade do apelante não se manifestou livremente, imperiosa se faz a reforma da sentença recorrida que concluiu pela aplicação do dispositivo que determina o reconhecimento da decadência do direito de anulação de negócio jurídico, porquanto o litígio deve ser julgado por outro foco, atinente à falta / inexistência de manifestação da vontade e, que, assim, tornam nulo o referido negócio jurídico.

Esta conclusão parte do princípio de que a vontade é a mola propulsora dos atos jurídicos e, assim sendo, é de fundamental importância que essa vontade seja manifestada de forma livre e espontânea.

Assim, os negócios jurídicos têm, na vontade individual, seu impulso criador, razão por que, para serem normais e regulares, é preciso que a vontade exista de maneira espontânea, o que, *data venia*, não existiu no caso dos autos, segundo a narrativa exposta na inicial.

Como ensina J. J. Calmon de Passos, o *"*nomen juris *que se dê à categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la são irrelevantes, se acaso erradamente indicados. O juiz necessita do fato, pois que o Direito ele que o sabe. A subsunção do fato à norma é dever do juiz, vale dizer, a categoria jurídica do fato é tarefa do juiz"* (*in* "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III/143).

De acordo, portanto, com estes ensinamentos doutrinários, é lícito reconhecer que a narrativa da peça inaugural é de uma situação em que sequer houve manifestação de vontade do agente emissor do documento que se pretende anular, sendo equivocado, pois, falar-se em anulabilidade, mas em ato inexistente e que, portanto, não se convalida com o decurso do tempo.

Desta forma, faz-se pertinente determinar o retorno dos autos à origem, considerando que a causa não se encontra madura para julgamento, impossibilitando a aplicação do §3º do art. 515 do CPC, notadamente pela necessidade de dilação probatória.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação interposto por **Mateus Veron** e **dou-lhe provimento**, a fim de tornar insubsistente a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 16 de julho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0000753-27.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO CÍVEL – SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E IMPOSIÇÃO DE MULTA NO VALOR DOS GASTOS PELA EX-DEPENDENTE – SEPARAÇÃO DO TITULAR DE PLANO DE SAÚDE – DEVER DE INFORMAR – NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES E UTILIZAÇÃO DE SANÇÃO COMO MEIO DE COBRANÇA – AFASTAMENTO – DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Resta não provido o agravo regimental, mantendo-se a decisão agravada, se verificado que os argumentos trazidos no regimental são insuficientes para a reforma o julgamento guerreado, uma vez que ausente a comprovação de que o recorrido tenha tomado ciência do dever de informar a sua separação da dependente.

A cobrança de valores gastos por ex dependente do titular com tratamentos de saúde devem ocorrer por meio de ação própria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul, nos autos em que contende com Arlindo José Ferreira, interpôs agravo regimental, no qual, em síntese, sustenta que:

1. deve ser reformada a decisão que negou seguimento à sua apelação, mantendo a sentença que que julgou procedente o pedido contido na inicial da ação de obrigação de fazer, determinando à recorrente que efetue o desbloqueio imediato do plano de saúde do autor, enquanto perdurar o contrato e declarando nula a sanção administrativa aplicada ao recorrido, bem como, condenando a ré a pagar as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que arbitrou em R$ 800,00; e,

2. a cobrança dos valores discutidos se refere a utilização do plano por pessoa que não mais gozava das condições necessárias para figurar na qualidade de dependente, pois omitida o fim da relação conjugal entre o titular a a ex-dependente.

Ao final, requereu o provimento do regimental para que seja reformada a decisão com o acolhimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, a agravante CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul, insurge-se da decisão que negou seguimento à sua apelação, mantendo a sentença que julgou procedente o pedido contido na inicial da ação de obrigação de fazer, determinando à recorrente que efetue o desbloqueio imediato do plano de saúde do autor, enquanto perdurar o contrato e declarando nula a sanção administrativa aplicada ao recorrido, bem como, condenando a ré a pagar as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que arbitrou em R$ 800,00.

Eis a respectiva fundamentação:

> *"A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557 do Código de Processo Civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.*
>
> *Conforme relatado, a recorrente CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul insurge-se da sentença que julgou procedente o pedido contido na inicial da ação de obrigação de fazer, determinando que à apelante que efetue o desbloqueio imediato do plano de saúde do autor, enquanto perdurar o contrato e declarando nula a sanção administrativa aplicada ao recorrido, bem como, condenando a ré a pagar as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que arbitrou em R$ 800,00.*
>
> *A suplicante sustenta que em razão da inadimplência não pode o apelado exigir a contraprestação dos serviços de assistência à saúde.*
>
> *Ocorre que os documentos de f. 29-38/56-58, evidenciam que as mensalidades referentes ao plano de saúde que o autor mantêm com a recorrente vinham sendo pagas mensalmente por meio de desconto em folha de pagamento e em valor proporcional a todos os dependentes até então por ele indicado, de maneira que inexiste a inadimplência apontada no recurso.*
>
> *Outrossim, com acerto na sentença restou bem fundamentado que não há previsão legal a imposição de multa pela não comunicação da separação do titular de sua ex esposa qualificada como sua dependente, tanto que a suplicante em momento algum indica tal disposição e a ciência do consumidor relativamente à tal fato, possibilitando com isso, concluir que a requerida utilizou de meio inadequado para efetuar cobrança de valores que possa ter sido desembolsado por consultas ou tratamentos da ex companheira do autor.*
>
> *De tal forma, se a multa não subsiste a suspensão do plano também não, ainda mais diante do que dispõem os artigos 6º, 46 e 47, do Código de Defesa do Consumidor, os quais impõem que a empresa o dever de informar o conteúdo dos contratos ao consumidor, evitando-se desta forma, situação como a presente em que o requerente é surpreendido com a atitude de suspensão dos serviços do plano de saúde pela apelante, veja:*
>
> *"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[...] 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."

Logo, tanto a suspensão dos serviços pela recorrente como a exigência da multa não se mostram com bases legais suficientes para a impor a reforma da sentença.

Neste sentido:

CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO.

NECESSIDADE.

1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

[...]." (STJ - REsp. 1144840/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012).

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência."*

Verifico, no presente caso, que diferente do que sustenta a recorrente, não há que se falar em reforma da decisão por ela guerreada, uma vez que corretamente fundamento no sentido de que não há previsão legal, a imposição de multa pela não comunicação da separação do titular de sua ex esposa qualificada como sua dependente, tanto que a suplicante em momento algum indica tal disposição e a ciência do consumidor relativamente à tal fato, possibilitando com isso, concluir que a requerida utilizou de meio inadequado para efetuar cobrança de valores que possa ter sido desembolsado por consultas ou tratamentos da ex companheira do autor.

De tal forma, se a multa não subsiste a suspensão do plano também não, ainda mais diante do que dispõem os artigos 6º, 46 e 47, do Código de Defesa do Consumidor[1], os quais impõem que a empresa o dever de informar o conteúdo dos contratos ao consumidor, evitando-se desta forma, situação como a presente em que o requerente é surpreendido com a atitude de suspensão dos serviços do plano de saúde pela suplicante.

Logo, tanto a suspensão dos serviços pela recorrente como a exigência da multa não se mostram com bases legais suficientes para a impor a reforma da sentença.

Verifico, portanto, que a agravante não trouxe nesse recurso qualquer argumento novo que pudesse proporcionar-lhe a alteração da decisão por ela guerreada.

Assim, face o exposto e fundamentado, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 30 de abril de 2013.

***

1 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
[...]
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.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0044130-19.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – PROPRIEDADE REGULARMENTE CONSTITUÍDA – IMÓVEL ADQUIRIDO EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – POSSE EXERCIDA IRREGULARMENTE PELA REQUERIDA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – TESE DEFENSIVA DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – AUSENTE REQUISITO DE *ANIMUS DOMINI* – CIÊNCIA PELA OCUPANTE DA PRECARIEDADE DE SUA POSSE – DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – INDICAÇÃO GENÉRICA – AUSENTE DESCRIÇÃO PARA POSSIBILITAR PERÍCIA – POSSE DE MÁ-FÉ – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A posse decorrente do contrato de financiamento imobiliário vinculado ao SFH é condicionada ao adimplemento das prestações, não se convalidando pelo decurso do tempo a fim de gerar usucapião.

Do mesmo modo, a ciência pelo ocupante da irregularidade e precariedade de sua posse afasta o requisito *animus domini*.

Ante a ausência de especificação das obras supostamente realizadas, aliada à posse de má-fé da recorrente, não é possível deferir o requerimento de retenção do imóvel quanto às benfeitorias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Neusa Gonçalves Vieira apela da sentença que acolheu o pedido formulado nestes autos da Ação de Imissão na Posse ajuizada por José Flores de Arruda, imitindo este na posse do imóvel lote n. 25, da quadra 16, do Loteamento Vila Monte Carlo, nesta Capital, inscrito na matrícula n. 95.603 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande.

Aduz a recorrente, em síntese, que:

1 - preliminarmente, houve cerceamento de defesa ao ser proferido julgamento antecipado da lide sem oportunizar à recorrente a produção de provas quanto à presença do animus domini, pois, apesar dos documentos apresentados, o Juízo *a quo* consignou que a prescrição aquisitiva não poderia ser reconhecida diante da ausência de boa-fé e do exercício de posse com ânimo de dono;

2 - faz jus à aquisição da propriedade por usucapião especial urbano, vez que exerce posse com animus domini há mais de cinco anos, para essa forma aquisição não se exige boa-fé ou justo título, o imóvel não ultrapassa 250m² e a possuidora/apelante não é proprietária de outro imóvel, estando, portanto, preenchidos os requisitos;

3 – postulou o direito de retenção da posse e indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, cujo pleito foi julgado improcedente por entender a magistrada que deveria ter sido objeto de petição autônoma de reconvenção, forma essa que não é obrigatória e não retira a natureza reconvencional do pedido formulado em contestação em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas;

4 – a instrução probatória também é imprescindível para apuração das benfeitorias realizadas no imóvel;

5 – postula a concessão de efeito suspensivo ao recurso para afastar os efeitos da tutela antecipada de imissão na posse deferida em sentença até a prolação da decisão final, excepcionando-se a regra do art. 520 do CPC com base no art. 558 do Códex ante a relevância da fundamentação e a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, eis que a apelante é pessoa idosa que reside no local há mais de vinte anos juntamente com sua neta e bisneta, e não tem outra moradia, enquanto que o apelante possui outros imóveis;

6 – em razão da determinação de desocupação do imóvel, a prestação de caução é imperiosa pelos mesmos fundamentos acima e também para assegurar o pedido de retenção e indenização por benfeitorias, condicionando-se a expedição do mandado de imissão na posse ao oferecimento de caução.

Ao final, requer o provimento do recurso nos termos expostos.

O apelo foi recebido no efeito devolutivo (f. 269).

O recorrido apresentou contrarrazões à f. 298/314, combatendo a insurgência recursal e protestando pela manutenção da sentença.

A apelante/requerida interpôs agravo de instrumento em face dos efeitos em que a apelação foi recebida (f. 278/294), ao qual foi negado seguimento (f. 315), vindo o Juízo de piso a expedir mandado de imissão na posse, devidamente cumprida conforme certidão de f. 325/326.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

José Flores de Arruda ajuizou Ação de Imissão na Posse em desfavor de Neusa Gonçalves Vieira, alegando, em resumo, que adquiriu junto à Caixa Econômica Federal o imóvel de lote n. 25, da quadra 16, do Loteamento Vila Monte Carlo, nesta Capital, inscrito na matrícula n. 95.603 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande, o qual não consegue tomar posse por estar indevidamente ocupado pela requerida.

Referido bem inicialmente foi adquirido pela ré e seu ex-marido mediante financiamento com garantia hipotecária junto à Caixa Econômica Federal, e após a separação do casal e partilha, passou a pertencer-lhe exclusivamente.

Inadimplido o contrato, o imóvel foi levado à praça e arrematado pela própria credora (CEF) em benefício de seu crédito, conforme se verifica na matrícula do imóvel de f. 20, Registro n. 08/95.603, de 30 de abril de 1.999.

Em 13 de julho de 2010, o apelado veio a adquirir referido imóvel da Caixa Econômica Federal, de acordo com a escritura pública de compra e venda, lavrada à f. 36/37 do Livro n. 316, do Cartório do 5º Ofício desta Comarca; registrada na matrícula do bem sob o n. 09/95.603, prenotação n. 534.986, do Serviço de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca (f. 20).

O julgador singular acolheu o pedido inicial de imissão de posse, contra o qual se insurge o recurso de apelação.

Pois bem, feita essa breve síntese da demanda e dos fatos relevantes, passo à análise do apelo, por ordem de prejudicialidade.

I – Cerceamento de defesa.

Prefacialmente, não verifico o alegado cerceamento de defesa por ter sido proferido julgamento antecipado da lide.

Com efeito, antes da sentença houve intimação das partes para especificação de provas e ampla oportunidade para juntada de documentos.

Já com relação à instrução para colheita de prova testemunhal a fim de demonstrar o *animus domini* necessário ao reconhecimento de usucapião, tal fato é irrelevante para a demanda, pois, conforme se verá adiante, inexiste ânimo de dono na conduta daquele que tem ciência da inadimplência e da consequente expropriação, o que afasta o direito à prescrição aquisitiva quando o imóvel é objeto de financiamento e, por conseguinte, é levado a leilão extrajudicial e arrematado.

Aliás, essa premissa de impossibilidade de usucapir bem imóvel objeto de hipoteca para assegurar o recebimento do crédito e cujo proprietário deixa de pagar as prestações do financiamento é pacífica na jurisprudência, de modo que nada adiantaria prosseguir com a instrução pois seria inútil para a finalidade almejada pela apelante, já que não faz jus ao direito que pretende ver reconhecido.

Logo, rejeito a preliminar.

II - Direito de Usucapião.

Circunscreve-se a controvérsia à alegada ocorrência da usucapião especial urbana do imóvel descrito na inicial em favor da demandada - suscitada em tese defensiva -, não havendo qualquer impugnação em relação à regularidade da arrematação comprovadamente levada a cabo pela ora demandante.

É cediço que a ação de imissão de posse é uma demanda de natureza real e sumária que tem por objetivo o recebimento da posse em favor daqueles que estão contemplados somente com o *jus possidendi*. É de natureza real porque nasce de um direito *in re*, ou seja, pede-se a coisa e não o cumprimento de uma obrigação.

São dois os pressupostos da ação de imissão de posse, quais sejam, a propriedade do autor decorrente da compra do imóvel e a posse injusta do réu sobre o bem.

No caso em apreço, como bem consignou o julgador de instância singela, o recorrido preencheu o primeiro requisito, tendo em vista que o imóvel do qual busca a posse foi por ele adquirido por meio de leilão promovido pela Caixa Econômica Federal.

Alega a apelante que faz jus à aquisição da propriedade por usucapião especial urbana, vez que exerce posse mansa e pacífica e contínua com *animus domini* por cinco anos no imóvel.

Entretanto, não lhe assiste razão.

Atento aos limites objetivos da matéria devolvida pelo recurso de apelação quanto a essa insurgência, não há nos autos, efetivamente, prova do preenchimento dos requisitos da usucapião na modalidade invocada e que são, conforme Flávio Tarttuce e José Fernando Simão (Direito Civil – Volume 4 Direito das Coisas, 2ª Ed., São Paulo, Editora Método, 2010, p. 183):

> *"a) Área urbana não superior a 250 m².*
>
> *b) Posse mansa e pacífica de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com* animus domini.
>
> *posse* ad usucapionem*;*
>
> *c) O imóvel deve ser utilizado para sua moradia ou de sua família, nos termos do que prevê o art. 6º,* caput*, da CF/1988 (*pro misero*).*
>
> *d) Aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; não podendo a usucapião especial urbana ser deferida mais de uma vez."*

Com efeito, não logrou a ré demonstrar sua posse mansa e pacífica, com *animus domini*, sobre o imóvel residencial adquirido pelo autor, pelo prazo de cinco anos da usucapião constitucional.

Não se pode olvidar que sempre foi do conhecimento da apelante, dada sua inadimplência, que o imóvel em que residia foi levado à praça e arrematado pela própria credora (CEF), em benefício de seu crédito, conforme se verifica na matrícula do imóvel, Registro n. 08/95.603 de 30 de abril de 1.999, tanto é verdade que a própria recorrente também trouxe referida matrícula (f. 124/125), notificação acerca da adjudicação do bem pela CEF (f. 153) e ainda o demonstrativo do débito do financiamento (f. 147).

E não é só isso, a apelante confessa a extinção do contrato de financiamento e a arrematação do bem pela Caixa Econômica Federal, senão vejamos:

> *"Decorrido algum tempo da separação, a contestante tomou conhecimento de que se ex-marido havia ajuizado ação visando discutir o valor das prestações do financiamento – fato que redundou na execução extrajudicial do imóvel, com a arrematação pela CEF, eis que os pagamentos deixaram de ser efetuados por força da ação ajuizada.*
>
> *O ex cônjuge, responsável pelo financiamento, ajuizou outras diversas ações, das quais a ré, ao tomar conhecimento, decidiu participar na qualidade de assistente, uma vez que o imóvel passou a ser de sua titularidade após a separação, que apenas não foi transferido para o seu nome porque ainda pendia o registro da hipoteca em favor da CEF.*
>
> *Não obstante o ajuizamento daquela pletora de ações, a CEF levou o imóvel a leilão extrajudicial e o arrematou em 07.04.1999."* (f. 106).

Portanto, não há dúvidas da propriedade do autor devidamente demonstrada com a Escritura Pública de Compra e Venda de f. 21/22 e a matrícula de f. 19/20, bem como a admissão da inadimplência pela

requerida quanto às parcelas do contrato celebrado com a CEF, fatos que, por si só, já configuram a injusta posse praticada pela apelante.

De tal sorte, independentemente do lapso temporal em que a recorrente permaneceu na posse do imóvel após a primeira ou a segunda arrematação do bem, não merece ser acolhida sua pretensão de aquisição da propriedade por usucapião, eis que a posse nunca foi exercida com "animus domini" ante o conhecimento de que o bem se encontrava hipotecado e de que para sua aquisição dependia do pagamento integral das parcelas do financiamento, já que o inadimplemento levaria à expropriação, como ocorreu.

Muito embora a apelante insista na aquisição da propriedade através da usucapião urbana, a jurisprudência entende que a posse decorrente do contrato de financiamento imobiliário vinculado ao SFH é condicionada ao adimplemento das prestações, não se convalidando pelo decurso do tempo a fim de gerar usucapião.

O mutuário tem o direito a permanecer no bem enquanto estiver adimplente. Esta posse de natureza precária jamais caracteriza o ânimo de dono da usucapião, porque foi recebida com abuso de confiança, vale dizer, sua posse somente seria lícita enquanto permanecesse adimplente com o financiamento e que, por falta de pagamento das prestações pelos mutuários, os imóveis são levados à leilão, sendo arrematados por terceiros ou adjudicados pela CEF.

Ausente também o requisito de boa-fé, além de ser injusta a posse exercida nessas condições, elementos esses que não se olvida serem dispensáveis para caracterização da usucapião especial em comento, porém imprescindível a presença dos demais elencados alhures, em especial o ânimo de dono, que inexiste no caso em tela por razões de ordem objetiva aqui aduzidas.

Portanto, a ausência do requisito de ânimo de dono independe da produção de prova testemunhal, visto que decorre das próprias circunstâncias contratuais e jurídicas que envolviam o bem, já que o mesmo, em virtude do inadimplemento contratual, foi expropriado por duas vezes.

Aliás, o procedimento expropriatório foi acompanhado pela apelante, tendo esta plena ciência, ou seja, sempre soube que apenas exercia a posse do bem porém a propriedade somente ser-lhe-ia conferida mediante a quitação da dívida, pressuposto esse que afasta por completo a possibilidade de usucapir.

Por fim, importa esclarecer que a ação de imissão de posse possui lastro no direito de propriedade, sendo assim, é de natureza petitória, bastando que o autor comprove a propriedade e a posse injusta do réu, haja vista ter por escopo assegurar ao titular do domínio, o uso e o gozo da coisa (art. 1.228 do Código Civil e art. 5º, XXII, da Constituição Federal).

No presente caso há prova inequívoca da propriedade do bem adquirido pelo apelado por meio da celebração de contrato particular de compra e venda (fls. 18-19), devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição desta Capital (fls. 20), após arrematação do imóvel pela própria Caixa Econômica Federal (f. 28).

Frisa-se que em se tratando de ação petitória, a injustiça da posse advém justamente da ausência de título dominial, não importando ser a posse de boa-fé ou de má-fé, cuja circunstância não tem o alcance ou efeito de se opor à propriedade da parte autora.

Sobre esse aspecto, anotou a magistrada sentenciante:

> *"Em que pese a possibilidade de usucapião dos imóveis não afetados a eventual função pública pertencentes à Caixa Econômica Federal (art. 173, § 1º, II, da CF), eis que se trata de entidade paraestatal que explora atividade econômica e, como tal, deve operar*

sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais, não se verifica o requisito da boa-fé nem o exercício da posse com animus domini por parte da requerida.

Destaque-se que a requerida estava ciente de que o imóvel em questão era financiado, tanto é que reconhece que seu ex-esposo era o responsável por honrar as prestações devidas.

Por outro lado, não se pode olvidar que era do conhecimento da requerida a existência de parcelas em atraso, tanto é verdade que trouxe aos autos a notificação da Caixa Econômica Federal acerca da adjudicação bem em questão em decorrência do não pagamento das prestações referentes ao financiamento (f. 153).

De tal sorte, independentemente do lapso temporal em que a requerida permaneceu na posse do imóvel, não merece ser acolhida sua pretensão de aquisição da propriedade por usucapião, eis que ausente o requisito de boa-fé, além de nunca ter exercido a posse com animus domini.

Ao alegar que não possui outro imóvel ou local para estabelecer sua moradia, pretende a requerida sobrepor seu interesse particular àquele que vem sendo pleiteado pelo requerente, fugindo às características do instituto que preconiza o direito individual protetivo e o tratamento igualitário entre os semelhantes. Tal dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

Nesse sentido ensina Alexandre de Moraes:

"Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: honestere vivere *(viver honestamente);* alterum non laedere *(não prejudique ninguém); e* suun cuique tribuere *(dê a cada um o que lhe é devido)."*

De outro norte, a Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade, da qual ninguém será privado arbitrariamente, senão em decorrência de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, hipótese que não se verifica nos presentes autos, onde se estará beneficiando a requerida em prejuízo do requerente, ofendendo o princípio da isonomia.

Portanto, sendo o requerente titular do domínio do imóvel objeto desta ação e demonstrada a posse injusta ostentada pela requerida, resulta claro que o pedido deve ser acolhido, porquanto satisfeitos os requisitos da via petitória." (f. 224).

Por oportuno, confiram-se arestos deste Sodalício:

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE E RECONVENÇÃO COM PEDIDO DE USUCAPIÃO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – AFASTADA – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO RECURSO – NÃO ACOLHIDA – REVELIA DO AUTOR NA RECONVENÇÃO – INEXISTÊNCIA – REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL POR USUCAPIÃO – AUSENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se a recorrente é litisconsorte passivo necessário, não há falar em ilegitimidade de parte para recorrer, considerando sua condição por força do disposto no art. 10,§ 2º, do CPC, em que havendo composse, nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu é indispensável, norma plenamente aplicável ao caso em que há união estável, fato não inconteste nos autos.

O juiz é destinatário da prova e tem discricionariedade para analisar se as provas trazidas aos autos são suficientes para o esclarecimento das questões controvertidas, logo, se a hipótese refere-se a caso de composse, e todas as provas necessárias ao deslinde do feito já tinham sido produzidas pelo litisconsorte, correto o magistrado ao dispensar nova dilação probatória após o ingresso de novo réu na lide e proferir de plano o julgamento da lide.

A ausência de resposta à reconvenção não induz a automática vitória do reconvinte, principalmente quando há composse com outro litisconsórcio, cuja reconvenção foi contestada.

Não comprovando os reconvintes o preenchimento dos requisitos para a usucapião, como lapso temporal, ausência de oposição e posse com animus domini, impossível o reconhecimento do pedido, o que conduz à procedência do pedido de imissão de posse por ausência de fato impeditivo do direito autoral.

Preliminares afastadas.

Recurso improvido."

(Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2012.002430-6/0000-00 – Iguatemi, Relator - Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Quarta Câmara Cível, 3.4.2012).

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – PROPRIEDADE REGULARMENTE CONSTITUÍDA – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM LEILÃO DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL – POSSE EXERCIDA IRREGULARMENTE PELA REQUERIDA – USUCAPIÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – INAPLICABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovada a propriedade do imóvel mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente, impõe-se o deferimento do pedido de imissão na posse formulado pelo adquirente.

Nos casos em que a posse do imóvel decorre de contrato de financiamento com garantia fiduciária extinto por inadimplemento, o prazo para a prescrição aquisitiva não corre em desfavor daquele que o adquiriu em leilão.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua aplicação restrita às hipóteses de direito individual protetivo e tratamento igualitário, o que não se verifica no caso vertente, onde a demandada pretende se sobrepor injustamente a demandante."

(Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2011.000455-2/0000-00 – Aquidauana, Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, Quinta Turma Cível, 14.4.2011).

"APELAÇÃO CÍVEL IMISSÃO NA POSSE PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA INCLUIR A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL AFASTADA PRELIMINAR DE AÇÃO INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO AFASTADA RECURSO IMPROVIDO. [...] A posse precária não conduz à abertura de prazo para a prescrição aquisitiva." (TJ/MS. Primeira Turma Cível. N. 2007.001306-0/0000-00. Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves. DJ. 20.10.2009) (g.n.).

E a jurisprudência pátria:

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. IMÓVEL VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. OCUPAÇÃO DO IMÓVEL POR PESSOA ESTRANHA AO ANTIGO CONTRATO DE MÚTUO. NATUREZA

ILÍCITA E PRECÁRIA DA POSSE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Esta egrégia Corte Regional possui maciça jurisprudência repelindo a aquisição, via usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, em face da natureza ilícita e precária da posse, bem como pelo viés público que tais bens assumem, porquanto financiados através de fundos públicos."

2. "Permitir a aquisição de imóvel vinculado ao SFH por usucapião consiste em privilegiar o interesse puramente particular em prejuízo da sociedade e do interesse público e permitir a burla do ordenamento jurídico, favorecendo-se o mutuário inadimplente que transfere o imóvel irregularmente, em detrimento do mutuário que mantém em dia as suas obrigações contratuais". (TRF da 2ª Região, AC 386440, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU: 30/06/2009, p. 92/93).

"3. Apelação provida para julgar improcedente o pedido." (APELAÇÃO CÍVEL n. 504304/SE (2008.85.00.002939-0) – Segunda Turma – TRF 5ª Região – rel. RELATOR : DES. FED. FRANCISCO WILDO. Julgado em 29/03/2011).

"CONSTITUCIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. USUCAPIÃO. POSSE NÃO-CONFIGURADA.

1. A posse recebida do proprietário vem com os mesmos defeitos e ônus que esta tivesse, inclusive a submissão ao direito real que sobre ela recaía, em favor da CEF.

2. Tal posse não é idônea para a aquisição por usucapião em relação ao credor hipotecário, a não ser que perdure, mansa e pacífica, depois de rescindido o contrato respectivo por falta de pagamento.

3. Atos inequívocos, documentados e admitidos pela autora, para retomada da posse, menos de cinco anos após o início alegado da posse.

4. Apelação improvida." (AC 6207 SP 2003.61.02.006207-4 – TRF 3ª Região – Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO – Julgado em 03/03/2009).

III - Direito de Retenção de Benfeitorias.

Alega também a recorrente que realizou benfeitorias no imóvel e em virtude disso possui o direito de retenção/indenização.

Pretende, ainda, anular a sentença sob a alegação de cerceamento de defesa, ao afirmar ser imprescindível apurar o valor das benfeitorias.

Primeiramente, anoto que assiste razão à recorrente quando sustenta que o pedido em tela pode ser feito no bojo da contestação com natureza reconvencional em atenção à instrumentalidade das formas, inclusive em ações de caráter petitótio[1].

Entretanto, a improcedência do pleito não se deve a esse motivo.

Nos termos do artigo 1.219 do Código Civil, o possuidor de boa-fé tem o direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias e úteis e de reter o imóvel enquanto elas não forem pagas. Em se tratando das voluptuárias, se não lhes forem pagas, tem o direito de levantá-las desde que não causem danos no imóvel.

1 *'APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE - ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO URBANO - LAPSO TEMPORAL INOCORRENTE - BENFEITORIAS NÃO PLEITEADAS NA CONTESTAÇÃO - INAPLICABILIDADE DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.'* (0053713-62.2009.8.12.0001 Apelação. **Relator(a):** Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. **Comarca:** Campo Grande. **Órgão julgador:** 4ª Câmara Cível. **Data do julgamento:** 17/07/2012).

Assim, eventuais benfeitorias erigidas no imóvel, para que possam assegurar o direito de retenção, precisam ser comprovadas e classificadas em úteis, necessárias ou voluptuárias, segundo prescreve a referida norma.

No caso em exame, ainda que exista eventual direito às alegadas benfeitorias, verifica-se que a apelante não indica quais foram as benfeitorias realizadas no imóvel, sequer mencionando sua espécie, ou seja, se necessárias, úteis ou voluptuárias, eis que a depender do caráter da benfeitoria há um tratamento diferenciado.

Além disso, não atribuiu valor às mesmas, tampouco indicou a importância que pretendia receber a título de indenização.

Nota-se que em nenhum momento foi provado pela apelante a realização de benfeitorias no imóvel, bem como não foi juntado qualquer documento que comprovasse sua existência, portanto não há aventar a possibilidade de retenção do imóvel.

Na contestação, a requerida limita-se a postular de forma genérica a retenção pelas benfeitorias existentes no imóvel, afirmando que as mesmas serão provadas por documentos a serem trazidos aos autos oportunamente (f. 118), porém nem ao menos descreve quais seriam esses melhoramentos, tampouco apresentou elementos a respeito em momento posterior.

Com efeito, não se admite a indicação genérica, incumbindo ao postulante descrever e apresentar prova mínima acerca da existência das benfeitorias até mesmo para possibilitar a análise da viabilidade de eventual prova pericial, a qual, gize-se, não poderia ser realizada sem indicação elementar daquilo que se pretendia periciar para fins de retenção/indenização.

A toda evidência, trata-se de uma premissa básica para embasar a decretação de prova pericial judicial que a parte que a postula forneça elementos essenciais a respeito, já que não se pode exigir que o perito presuma os acréscimos e melhoramentos efetuados no imóvel, distinguindo-os daqueles primitivos.

Por conseguinte, não tendo a recorrente sequer mencionado qual ou quais benfeitorias foram realizadas, a perícia tornou-se desnecessária, pois a referida prova deve ser produzida em reformas ou obras previamente determinadas, como explicitado alhures.

Logo, desprovida de fundamento fático e jurídico a alegação de cerceamento de defesa.

De outro norte, como decorrência lógica da ausência de especificação das obras supostamente havidas, não subsiste a pretensão de reter o imóvel até ser ressarcida dos valores gastos com as benfeitorias úteis e necessárias.

Isso porque, gize-se, somente se a apelante fosse considerada possuidora de boa-fé poderia exercer o direito de retenção.

E, a partir do momento em que deixou de cumprir com suas obrigações perante a credora hipotecária (Caixa Econômica Federal), a boa-fé inicialmente constatada cessou, sobretudo quando injustamente permaneceu na posse do imóvel após a arrematação extrajudicial regularmente realizada e que corroborou com a alienação do bem em favor do apelado.

Desse modo, resta configurada a má-fé da apelante que, por óbvio, tinha ciência de que o imóvel estaria na iminência de não lhe pertencer diante de sua incontroversa inadimplência e arrematação pela credora hipotecária.

E, como amplamente demonstrado acima, se por um lado a boa-fé é indiferente para a pretensão de usucapião, para fins de benfeitorias deve ser devidamente considerada, sendo que por todos os fundamentos elencados a recorrente, a extreme de dúvidas, não é tida como possuidora de boa-fé.

Como visto, a apelante sabia da existência do contrato de financiamento do imóvel, da inadimplência, da existência execução hipotecária, enfim, que em razão do não pagamento das parcelas e das respectivas consequências, ocupava irregularmente o bem.

Sendo assim, ante a ausência de especificação das obras supostamente realizadas, aliada ao fato de ausência de boa-fé da recorrente, a improcedência do pedido de retenção do imóvel é inafastável.

IV – Efeito suspensivo do recurso e prestação de caução.

Como os efeitos em que este apelo foi recebido foi objeto de agravo de instrumento julgado por este Relator (autos n. 0602117-85.2012.8.12.0000), ao qual foi negado seguimento por improcedência, e a imissão na posse já foi devidamente cumprida, tendo a apelante desocupado o imóvel (f. 325), entendo que a apelação perdeu seu objeto quanto a essa matéria.

Com relação à prestação de caução, esta igualmente somente se justificaria se fossem relevantes os fundamentos da parte recorrente e se fosse provável o reconhecimento do seu direito à retenção/indenização por benfeitorias, circunstâncias essas que, consoante aqui demonstrado, não se encontram presentes, de modo que não há qualquer argumento a respaldar a imposição de caução como condicionante à imissão na posse.

V - Conclusão.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Neusa Gonçalves Vieira e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0600201-60.2010.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – NÃO PROVADA – IMUNIDADE RECÍPROCA – ISSQN DEVIDA POR TERCEIRO PRESTADOR DE SERVIÇO – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Hipótese em que a exequente não provou a responsabilidade tributária e não há qualquer menção nas certidões de dívida ativa acerca da alegada substituição tributária do ente público pelo imposto devido pelo prestador do serviço.

Ainda que se admita tratar-se o caso de substituição tributária, os prestadores de serviço não desfrutam da imunidade recíproca, sendo que o tributo está sendo cobrado de autarquia beneficiada por tal limitação ao poder de tributar, a qual somente pode ser responsabilizada pela fiscalização tributária, mas não obrigada ao pagamento do imposto que não foi recolhido pelo terceiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Fazenda Pública do Município de Corumbá. interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nestes embargos à execução em que contende Agencia de Habitação Popular de MS, a qual julgou procedente a pretensão para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido contido no feito executivo em apenso em razão da imunidade tributária da embargante, decretando a extinção da execução n. 008.08.009618-0.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – a responsabilidade tributária da apelada não decorre da incidência de serviços prestados pela autarquia, mas de sua obrigação de retenção e recolhimento do tributo ISSQN devido pela empresa que efetivamente prestou os serviços – Policon Engenharia Ltda.;

2 – o fundamento de imunidade constitucional não prospera, eis que os entes da Administração Direta e suas autarquias podem ser responsabilizados pelo recolhimento dos impostos em relação aos serviços por eles tomados.

Por essas razões, requereu o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença atacada.

A recorrida apresentou contrarrazões à f. 572/588, protestando, em suma, pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Conforme relatado, insurge-se o apelo contra a sentença que julgou procedente a pretensão formulada pela apelada AGEHAB nestes embargos à execução para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido contido no feito executivo em apenso em razão da imunidade tributária da embargante, decretando a extinção da execução n. 008.08.009618-0 ajuizada pela apelante.

Em breve síntese, o Município de Corumbá propôs execução fiscal em face da Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul visando a cobrança do tributo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza no valor de R$ 6.340,31 (sem correção) referente ao exercício de maio de 2004.

Por seu turno, a AGEHAB opôs embargos à execução arguindo a nulidade da citação via postal e a impossibilidade jurídica do pedido em razão da imunidade recíproca entre entes públicos, e ilegitimidade passiva; no mérito, sustentou a nulidade do processo administrativo de constituição do crédito tributário e da certidão de dívida ativa, bem como o reconhecimento da imunidade tributária.

O magistrado sentenciante obtemperou que nas CDA's não há menção à origem da dívida de ISSQN, tampouco referência à responsabilidade decorrente de substituição tributária, inexistindo prova documental do fato gerador do imposto cobrado e da condição de substituta tributária da embargante/apelada. Por essas razões, reconheceu a existência de imunidade tributária entre exequente e executada, extinguindo a execução.

Pois bem, neste apelo o Município de Corumbá argumenta que a responsabilidade tributária da apelada não decorre da incidência de serviços prestados pela autarquia, mas de sua obrigação de retenção e recolhimento do tributo ISSQN devido pela empresa que efetivamente prestou os serviços – Policon Engenharia Ltda, e que os entes da Administração Direta e suas autarquias podem ser responsabilizados pelo recolhimento dos impostos em relação aos serviços por eles tomados.

Tenho que não lhe assiste razão.

Inobstante a alegação da apelante de que a hipótese é de substituição tributária, sendo a AGEHAB substituta e responsável pelo imposto que deveria ter sido recolhido pela empresa Policon Engenharia Ltda. que lhe prestou serviços, não fez qualquer prova nesse sentido.

Com efeito, as certidões de dívida ativa n. 39.008.07 e 39.008.08 que embasam a execução fiscal ajuizada não fazem qualquer referência à referida empresa, tampouco de que a cobrança não é originária de responsabilidade da executada, mas secundária decorrente de substituição tributária. Assim, evidencia-se que a exequente estaria cobrando tributo devido e não pago pela autarquia estadual, como se esta tivesse realizado o fato gerador que deu origem à hipótese de incidência do ISSQN.

Nesse aspecto, com primor assentou o Juízo *a quo*, confira-se:

> *"Uma leitura atenta das certidões em testilha revela que não existe qualquer menção à origem da dívida do ISS, muito menos se esta se refere a responsabilidade decorrente de substituição tributária.*
>
> *Assim, uma vez alega a imunidade tributária pela embargante, caberia à municipalidade embargada fazer prova cabal e irrefutável de que a cobrança do imposto em testilha decorre de substituição tributária.*
>
> *Entretanto, o que fez o Município- Juntou 370 folhas de legislação municipal, além de três documentos, quais sejam, uma procuração pública outorgada pela municipalidade à procuradora subscritora da impugnação, uma comunicação interna (CI nº 228/2010) da Gerência de Administração Tributária para a Secretaria Executiva de Receita e Finanças e, por fim, um "Demonstrativo de Débitos do Contribuinte".*
>
> *O primeiro documento refere-se à regularização da representação processual da embargada, em nada influenciando, portanto, no julgamento do mérito dos presentes embargos.*
>
> *Os outros dois documentos acima mencionados, por sua vez, não são aptos a amparar as alegações trazidas pela municipalidade em sua impugnação.*
>
> *Onde está o processo administrativo que originou a cobrança do imposto sobre serviços feita à embargante- E as notas fiscais n. 0156 e 0157 da empresa Policom Engenharia Ltda., tão propaladas na impugnação, na qual constaria a retenção a menor do imposto feita pela AGEHAB?*
>
> *Em suma, não existe prova documental mínima que demonstre o fato gerador do imposto cobrado da embargante, e ainda, a sua condição de substituta tributária na relação jurídica travada entre as partes.*
>
> *[...]."* (f. 542/543).

Ademais, ainda que estivesse plenamente caracterizada a substituição tributária, o que não é o caso dos autos como dito acima, existe diferença fundamental entre aquela e o dever de reter tributo alheio.

A este propósito, valho-me da distinção traçada por Sacha Calmon Navarro Coelho, em artigo intitulado Sujeição Passiva Direta e Indireta [1]:

> *"Quanto aos "retentores de tributos" (desconto na fonte) estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção de imposto devido por terceiros). Devem assim reter e recolher ao estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de obrigação tributária, mas antes sujeitos a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar "responsáveis" pelo tributo não recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de "responsáveis" por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. [...]"*

A Lei Complementar 116/2003, que dispõe sobre o ISS, estabelece que o tomador ou intermediário de alguns serviços, ainda que imune, é responsável pelo seu pagamento:

> *"Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada*

1 *In* Curso Avançado de Substituição Tributária, modalidades e direitos do contribuinte, Coordenação de Arthur M. Ferreira Neto e Rafael Nichele, 1ª edição, São Paulo: IOB, 2010, p. 223/4..

ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1o deste artigo, são responsáveis:

I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa."

Assim, é possível atribuir a responsabilidade tributária ao tomador do serviço, desde que exista Lei Municipal a respeito e seja observado o procedimento administrativo tributário devido.

A questão está em analisar se tem aplicação esta atribuição de responsabilidade tributária mesmo nos casos em que a imunidade decorre diretamente de mandamento constitucional, como no caso.

A matéria já foi objeto de decisão junto ao STF, em caso envolvendo a responsabilidade tributária da União pelo pagamento de ISS devido por empresas prestadoras de serviço.

Naquela ocasião, a Ministra Carmem Lúcia, por decisão monocrática, afirmou que a decisão do TRF da 4ª Região que excluiu a União do pólo passivo de execução de ISS porque *"É defeso aos entes políticos (União, Estados e Municípios), dissimuladamente, criar forma de imposição tributária, ainda que por meio de lei, de forma a colocar no pólo passivo da relação obrigacional tributária entes, que, por disposição constitucional imunizante, estão fora do âmbito da competência impositiva"*, estava consentânea com o entendimento consolidado da Corte.

Confira-se a decisão da Suprema Corte:

"RE 627450, RELATOR(A): MIN. CÁRMEN LÚCIA, JULGADO EM 01/02/2011, PUBLICADO EM DJE-035 DIVULG 21/02/2011 PUBLIC 22/02/2011.

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS. SERVIÇO PRESTADO POR TERCEIRO. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, ' A', DA CF/88. INTERPRETAÇÃO AMPLA. GARANTIA DA FEDERAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO DE ISS POR SERVIÇO PRESTADO POR TERCEIRO. INADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade constitui-se em caso de não-incidência constitucionalmente qualificada, ou seja, o legislador constituinte coloca fora de órbita de atuação do legislador ordinário a possibilidade de tributação sobre a área em que se encontra o contribuinte desonerado. Razão pela qual o instituto da imunidade, ao contrário das demais formas desonerativas, reclama interpretação ampla, suficiente a lhe dar eficácia condizente com seu atributo de seara infensa ao rigor fiscal. Ensinamentos da doutrina. 2. A imunidade tributária recíproca

consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação (Celso de Mello, ADIn 939). 3. Inviável o intuito do Município de, por via transversa, transpor a União para a condição de sujeito passivo de tributo que o Legislador Constituinte determinou expressamente não fosse a mesma sujeita. É defeso aos entes políticos (União, Estados e Municípios), dissimuladamente, criar forma de imposição tributária, ainda que por meio de lei, de forma a colocar no pólo passivo da relação obrigacional tributária entes, que, por disposição constitucional imunizante, estão fora do âmbito da competência impositiva. Precedentes desta Corte" (fl. 116). *"2 [...]*

DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. ***O Tribunal a quo assentou que: "inviável o intuito do Município de, por via transversa, transpor a União para a condição de sujeito passivo de tributo que o Legislador Constituinte determinou expressamente não fosse a mesma sujeita. É defeso aos entes políticos (União, Estados e Municípios), dissimuladamente, criar forma de imposição tributária, ainda que por meio de lei, de forma a colocar no pólo passivo da relação obrigacional tributária entes, que, por disposição constitucional imunizante, estão fora do âmbito da competência impositiva" (fl. 113). Esse entendimento não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assentou ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, conforme o disposto no art. 150, inc. VI, alínea a, da Constituição da República.*** *Nesse sentido: "IMPOSTO - IMUNIDADE RECIPROCA - Imposto sobre Operações Financeiras. A norma da alínea 'a' do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal obstaculiza a incidência reciproca de impostos, considerada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios"* (AI 175.133 - AgR., Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 26.4.1996). *E: "A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político- jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal. Desse vínculo isonômico, que parifica as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva, como uma de suas consequências mais expressivas, a vedação dirigida a cada um dos entes federados de instituição de imposto sobre o patrimônio, a renda e os serviços, uns dos outros. A imunidade tributária recíproca consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação. A concepção de Estado Federal, que prevalece em nosso ordenamento positivo, impede especialmente em função do papel que a cada unidade federada incumbe desempenhar no seio da Federação, que qualquer delas institua impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das demais. No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da Federação"* (excerto do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, Plenário, DJ 18.3.1994, grifos nossos). "*Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o julgado recorrido. 5. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557,* caput, *do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2011. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora."* (Destacamos).

E isto, em absoluto impede que o fisco volte a cobrança da exação para o prestador do serviço, este não abrangido por qualquer imunidade, como também restou definido pela Excelsa Corte, no RE 446530/SC, Relator o Min. Ricardo Lewandowski, em que se definiu que a imunidade constitucional decorrente do princípio federativo *"só alcança o patrimônio, a renda ou os serviços do próprio ente imune, na qualidade de contribuinte de direito"*, e acrescenta-se, não alcança os serviços a ele prestados por terceiros contribuintes.

Com se vê, a decisão recorrida está em perfeita harmonia com a interpretação constitucional de imunidade recíproca que é feita pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, já que deve o Fisco exigir o tributo diretamente do prestador de serviço.

Vale ressaltar que a AGEHAB é autarquia pública estadual criada pela Lei 2.575/2002, integrante da Administração Indireta do Poder Executivo, conforme previsto no art. 1º da referida Lei, de que modo que, por isso, beneficia-se da imunidade recíproca assegurada pela Constituição da República.

No caso em tela, ainda que se admita a tese da apelante de que o Município está cobrando da apelada montante referente a ISS incidente sobre serviços prestados por terceiros – fato que não está provado nos autos -, se a AGEHAB goza de imunidade tributária, não é ela quem deve arcar com o pagamento do imposto.

De fato, conquanto os prestadores de serviço não desfrutem da imunidade mencionada, o imposto está sendo cobrado de ente público beneficiado por tal instituto.

Assim, por todas as razões expostas, é inafastável a conclusão de que a apelante está exigindo tributo na modalidade imposto de autarquia estadual, o que faz incidir o postulado constitucional de imunidade tributária.

Prevê o artigo 150 da Constituição Federal:

> *"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:*
>
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
>
> *§ 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes."*
>
> *Nesse sentido, confira-se a jurisprudência pátria:*
>
> ***"Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ISS NÃO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. SERVIÇOS PRESTADOS POR TERCEIROS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. A CORSAN, prestadora de serviço público essencial, goza da imunidade tributária recíproca. 2. **Caso concreto em que o Município move execução contra a sociedade mencionada referente a ISS incidente sobre serviços prestados por terceiros. 3. Conquanto os prestadores de serviço não desfrutem da imunidade em questão, o imposto está sendo cobrado de sociedade beneficiada por tal limitação ao poder de tributar**. 4. Destarte, inexiste legitimidade da ora agravante para figurar no pólo passivo do feito executivo, que deve ser extinto. RECURSO PROVIDO."*
>
> (Agravo de Instrumento n. 70041194309, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 11/05/2011) (destacamos).
>
> ***"Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ISS. IMUNIDADE RECÍPROCA. De acordo com o art. 150, inc. VI, a, da CF, é vedado aos entes federados a exigência de impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros. Hipótese em que a proibição constitucional*

incidiu sobre a cobrança de ISS pelo Município de Porto Alegre contra o Estado do Rio Grande do Sul. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA APELAÇÃO E DO REEXAME NECESSÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA."

(Apelação e Reexame Necessário n. 70024517427, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 13/06/2008).

Diante do exposto, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra 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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 02 de abril de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001982-22.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – POSSE ANTERIOR NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE ESBULHO PRATICADO PELA RÉ – ART. 333, DO CPC – ÔNUS DA PROVA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, não podendo o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência.

Nas ações de reintegração de posse, as matérias de fato devem ser provadas pelo autor que deverá demonstrar a existência do ato de esbulho, fruto de violência ou clandestinidade, de modo a não deixar dúvida no ânimo do julgador acerca dos pressupostos elencados no art. 927, do CPC.

Em nosso ordenamento existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a prelininar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de abril de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

SUELI MARQUES, irresignada com a sentença que, nos autos da *ação de reintegração de posse com pedido liminar* que ajuizara em face de **LÚCIA ALVES RAMOS,** julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 383-411, a recorrente alega que o feito não comportava julgamento antecipado, visto que havia necessidade de amadurecimento das questões controvertidas, razão pela qual aventa a nulidade da sentença por ocorrência de cerceamento do direito de defesa.

Destaca que foi suprimida a sua oportunidade de produzir prova testemunhal, bem como que o que gerou a *"quebra do princípio da igualdade das partes"*. (f. 396)

Menciona que *"não se trata de questão exclusivamente de direito e sim de fato, necessitando de provas para a comprovação ou não da legitimidade passiva e do esbulho por essa praticado no imóvel de posse exclusiva da apelante."* (f. 400).

Esclarece que o magistrado a quo não sopesou a juntada do boletim de ocorrência noticiando a violência do esbulho realizado pela apelada.

Aduz que a apelada é parte legítima para figurar no polo passivo do feito, sendo que o juiz de primeiro grau deveria ter procedido à contestação sobre a correta ocupação do imóvel discutido nos autos, visto que as fotos colacionadas como sendo supostamente a filha da apelada no bem, contam com a presença da requerida.

Sustenta que a *"mesmo após o esbulho, caso a apelada tenha cedido o uso do referido bem imóvel a sua filha, esta continua exercendo a posse do imóvel, por meio de sua ingerência e manutenção."* (f. 407).

Afirma que no caso de eventual manutenção da sentença, deve a ação ser extinta sem resolução de mérito, por ausência de legitimidade passiva *ad causam*.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do presente recurso para anular a sentença recorrida, por cerceamento de defesa, determinado-se o prosseguimento do feito com a devida instrução processual ou, ainda, reformar o decisum para julgar procedente o pedido autoral. Pede, alternativamente, a extinção do feito, sem resolução de mérito, por ausência de legitimidade passiva *ad causam*.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões às f. 423-433, rebatendo dos fundamentos do apelo e pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por **SUELI MARQUES**, contra a sentença que, nos autos da *ação de reintegração de posse com pedido liminar* que ajuizara em face de **LÚCIA ALVES RAMOS,** julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

No apelo de f. 383-411, a recorrente alega que o feito não comportava julgamento antecipado, visto que havia necessidade de amadurecimento das questões controvertidas, razão pela qual aventa a nulidade da sentença por ocorrência de cerceamento do direito de defesa.

Destaca que foi suprimida a sua oportunidade de produzir prova testemunhal, bem como que o que gerou a *"quebra do princípio da igualdade das partes"*. (f. 396)

Menciona que *"não se trata de questão exclusivamente de direito e sim de fato, necessitando de provas para a comprovação ou não da legitimidade passiva e do esbulho por essa praticado no imóvel de posse exclusiva da apelante."* (f. 400).

Esclarece que o magistrado a quo não sopesou a juntada do boletim de ocorrência noticiando a violência do esbulho realizado pela apelada.

Aduz que a apelada é parte legítima para figurar no polo passivo do feito, sendo que o juiz de primeiro grau deveria ter procedido à contestação sobre a correta ocupação do imóvel discutido nos autos, visto que as fotos colacionadas como sendo supostamente a filha da apelada no bem, contam com a presença da requerida.

Sustenta que a *"mesmo após o esbulho, caso a apelada tenha cedido o uso do referido bem imóvel a sua filha, esta continua exercendo a posse do imóvel, por meio de sua ingerência e manutenção."* (f. 407).

Afirma que no caso de eventual manutenção da sentença, deve a ação ser extinta sem resolução de mérito, por ausência de legitimidade passiva *ad causam*.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do presente recurso para anular a sentença recorrida, por cerceamento de defesa, determinado-se o prosseguimento do feito com a devida instrução processual ou, ainda, reformar o *decisum* para julgar procedente o pedido autoral. Pede, alternativamente, a extinção do feito, sem resolução de mérito, por ausência de legitimidade passiva *ad causam*.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões às f. 423-433, rebatendo dos fundamentos do apelo e pugnando pelo improvimento do recurso.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar de nulidade da sentença, arguida no apelo da autora.

Da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa.

A primeira tese trazida nas razões recursais está relacionada à nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, considerando que deveria haver a oitiva de testemunhas para a comprovação de que a recorrida praticou esbulho.

O magistrado de primeira instância aplicou o instituto do julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330, I, do CPC, *in verbis*:

> *"Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:*
>
> *I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;*
>
> *[...]".*

Por uma simples interpretação literal ou gramatical, segundo a qual, tem por objeto de análise, as palavras (funções sintáticas e semânticas) do texto legal, conclui-se que o preceito é cogente por utilizar a expressão "conhecerá", e não "poderá conhecer", o que se conclui pela tese da obrigatoriedade do juiz em aplicá-lo diante de suas hipóteses (incisos I e II do artigo 330 do Código de Processo Civil). Theotonio Negrão assevera que:

> *"Não pode o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência"* (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 410 – nota: artigo 330 n. 01).

Urge registrar que o magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua própria convicção. É isto o que prega o princípio da livre convicção estampado no artigo 131, do Código de Processo Civil.

Assim, se o processo está maduro para o julgamento, acertada a aplicação do instituto do julgamento antecipado da lide em obediência ao princípio da celeridade processual (artigo 125, II, do CPC), razão pela qual não há falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, em cerceamento de defesa. Deve-se evitar o desperdício de atos processuais e de tempo, entregando à parte o provimento jurisdicional pleiteado em menor interregno temporal.

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, não podendo o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência.

In casu, era notoriamente desnecessária a produção de prova em audiência com a oitiva de testemunhas, pois o conjunto probatório visualizado revelou-se plenamente hábil a alicerçar a formação da convicção do magistrado de instância singela.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, analisando o julgamento antecipado do mérito, esclarecem:

> *"Como se vê, para que haja necessidade de produção de prova, o fato, além de ser controvertido, deve ser pertinente e relevante.*
>
> *Se o fato, apesar de controvertido, não é pertinente nem relevante, não há razão para se admitir que prova recaia sobre ele, sendo necessário, nesse caso, para se evitar o retardamento da prestação jurisdicional, o julgamento antecipado do mérito.*
>
> *Fato pertinente é aquele concernente ao mérito, ou melhor, o fato que não é estranho ao mérito a ser julgado pelo juiz. Fato relevante, por sua vez, é o que, além de pertinente, pode influir no julgamento do mérito.*
>
> *[...]*
>
> *Em suma: cabe o julgamento antecipado do mérito, com base no art. 330, I, do CPC, quando se discute apenas matéria de direito ou as conseqüências jurídicas da afirmação de fato, ou ainda quando a afirmação fática está demonstrada através de prova documental. Nessa linha é importante frisar que a produção de prova não deve ser admitida quando pretender esclarecer fato que não é pertinente ou relevante."* (Manual do processo do conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 279-280).

Constata-se que o deslinde da questão posta em debate não dependia da produção de outras provas, visto que os fatos ficaram bem claros para a convicção do magistrado, inclusive com as provas documentais juntadas pela própria autora, ora recorrente, sendo desnecessária a oitiva de testemunhas.

Desse modo, afasto esta preliminar.

Do mérito.

O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se deve prevalecer a sentença objurgada que julgou improcedente o pedido da autora para o fim de reintegrá-la na posse do imóvel localizado à Rua Benevento, Quadra 04, Lote 02, Vila Ravenna II, de matrícula n. 38296, da 3ª Circunscrição de Campo Grande, o qual alega ter adquirido com seu companheiro Valdemar Ramos de Souza, falecido em 21/12/2011, que era filho da apelada, Lúcia Alves Ramos [...].

Pois bem. Como é cediço, a ação de reintegração de posse tem a finalidade específica de recuperar a coisa, o bem móvel ou imóvel. Orlando Gomes ensina que todo possuidor tem direito de pleitear a posse se dela for privado por esbulho ou turbação.

A ação de reintegração pressupõe um ato praticado por terceiro que importe para o possuidor na perda da posse contra a sua vontade. Se o possuidor não for despojado da sua posse, não haverá esbulho e, consequentemente, não haverá que se falar em reintegração.[1]

1 *Direitos Reais.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 86.

Em conformidade com o nosso diploma processual civil temos que ao autor incumbe as seguintes provas:

> *"Art. 927. Incumbe ao autor provar:*
>
> *I – a sua posse;*
>
> *II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;*
>
> *III – a data da turbação ou do esbulho;*
>
> *IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse; na ação de reintegração".*

Ainda, lecionando sobre o assunto discorre Wilson Bussada:

> *"[...] Para a procedência da ação de reintegração de posse é indispensável fiquem demonstrados os requisitos essenciais: posse do autor e esbulho praticado pelo réu. Se o autor nunca exerceu posse sobre a área em litígio, a ação reintegratória não tem condições de vingar. [...]"*[2].

Nesse passo, conclui-se que as matérias de fato, nas ações de reintegração de posse, devem ser provadas pelo autor que deverá demonstrar a existência do ato de esbulho, fruto de violência ou clandestinidade, de modo a não deixar dúvida no ânimo do julgador acerca dos pressupostos elencados no supracitado dispositivo legal.

Lembre-se que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados. Conforme leciona Leo Rosemberg:

> *"[...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória".*[3]

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> *"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).*

2 *Reintegração de Posse Interpretada pelos Tribunais.* 1ª ed. São Paulo: Editora Jalovi. p. 150.

3 *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea **Apud** Ovídio A. Batista da Silva. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.

> *O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".* [4]

Ensina Antonio Carlos Marcato:

> *"E é de ônus, enfim, que cuida o art. 333, ao dividir entre as partes o encargo de provar os fatos relevantes para a causa, conforme sua natureza; não estabelece a lei, aí, dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão".*[5]

> *"A razão primordial da existência de regras de tal ordem reside na necessidade de fixação de critérios objetivos para orientação da decisão judicial nas hipóteses em que, por alguma razão, não seja possível ao juiz chegar a uma conclusão segura no plano fático".*[6]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando uma situação da vida enquadra-se em sua incidência, eventuais fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o veículo para levar ao magistrado os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus, suma importância.

In casu, conforme a vasta documentação colacionada aos autos, verifica-se que a recorrente deixou de demonstrar que estava na posse do imóvel supracitado, localizado à Rua Benevento, o qual foi adquirido unicamente pelo falecido, filho da requerida, cujo nome consta na matrícula imobiliária de f. 38.

Depreende-se dos autos que a recorrente sequer chegou a morar no imóvel supracitado, conforme o boletim de ocorrência de f. 21, registrado em 28/04/2011, no qual há a comunicação de ocorrência de furto no referido bem, constando que *"ela e seu companheiro compraram um casa existente no local dos fatos, sendo que estão colocando alguns móveis e eletrodomésticos até chegar o momento em que irão se mudar pra lá."*.

Ora, ainda que no documento de f. 40 conste que o *de cujus* havia incluído a recorrente como sua dependente do Funserv – Fundo de Assistência à Saúde do Servidor Municipal, isto não implica em dizer que morava com o mesmo no referido imóvel, já que consta nos documentos de f. 58-60 (notas fiscais de serviços funerários emitidos no nome da autora), outro endereço residencial, qual seja, Rua Francisco Pereira Coutinho, n. 125, Bairro Nova Lima.

Além disso, restou plenamente demonstrado pela requerida, Lúcia Alves Ramos, que esta não está na posse do imóvel supostamente esbulhado, posto que há vasta documentação no sentido de que esta reside no imóvel localizado à Rua do Panda, n. 541, Bairro Estrela Dalva III, o qual consta, inclusive, na exordial.

Ora, em que pese não restar evidenciado nos autos quem efetivamente está na posse do imóvel objeto da presente ação de reintegração de posse, já que meras afirmações e fotos unilaterais não servem para comprovar que a filha da requerida é quem atualmente detém a posse do bem, é certo que restou demonstrado que não é a requerida quem o detém.

Como bem observado pelo magistrado *a quo*:

4 *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

5 *Código de Processo Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2004. p. 1001.

6 *Ibidem.*

> *"[...] restou incontroverso que a ré reside no imóvel situado à rua do Panda, n. 541, tanto que foi o endereço informado pela autora na inicial, o constante no BO de f. 23 e comprovado pelos documentos juntados às f. 163, 260/1.*
>
> *Assim, se a ré não figurou como esbulhadora, nem detém a posse do imóvel que a autora pretende reintegrar-se, não há como prosperar a pretensão da demandante."*

Logo, considerando que a própria autora, ora apelante, produziu prova que contradiz as suas próprias alegações no sentido de que a recorrida detém a posse do imóvel supostamente esbulhado, bem como deixou de demonstrar nos autos que efetivamente estava na posse do referido bem quando da ocorrência da alegada prática de esbulho, é impossível a reforma da sentença que, acertadamente, julgou improcedente o pleito autoral.

Ante ao exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Sueli Marques contra decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara Cível desta Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de Reintegração de Posse com Pedido Liminar movido em face de Lúcia Alves Ramos.

Acompanho o relator para afastar a preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, uma vez que entendendo o magistrado que as provas produzidas são suficientes para o julgamento da demanda, cabe a aplicação do art. 330, I, do CPC, para julgamento antecipado da lide, o que não implica cerceamento de defesa.

Do mesmo modo, acompanho o relator quanto à questão de mérito, entendendo que não restou comprovada a posse da recorrente sobre o imóvel em questão, o que determina que não há falar em reintegração da posse que, na verdade, não se demonstrou que tenha ocorrido em algum momento.

Ademais a recorrida comprovou que não reside no bem em questão. Por todo o considerado, acompanho o relator para negar provimento ao recurso.

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

De acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELININAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 02 de abril de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800382-26.2011.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL – OBRIGATORIEDADE – EXCLUSÃO DOS INATIVOS – PREQUESTIONAMENTO – SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A contribuição sindical é um tributo cuja exigência independe de filiação junto ao sindicato, sendo devida compulsoriamente pelas pessoas que pertençam à categoria econômica ou profissional, inclusive pelos servidores públicos regidos pelo regime estatutário.

Os servidores públicos estatutários que se encontrem na inatividade não estão obrigados ao pagamento da contribuição sindical, já que estes não mais integram a categoria funcional, em razão da ausência de vínculo com os órgãos da administração pública, estando apenas vinculados a um regime previdenciário.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara 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, 26 de março de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, Federação dos Servidores Públicos Estaduais e Municipais do Estado de Mato Grosso do Sul, irresignadas com a sentença que denegou a segurança pugnada na inicial do *mandado de segurança* que impetrara em face do ato praticado pelo **Prefeito Municipal de Chapadão do Sul - MS**, interpõem recurso de apelação.

No apelo de f. 130-136, as recorrentes afirmam que os Tribunais vêm adotando o entendimento no sentido de ser compulsório o desconto da contribuição sindical aos servidores públicos, independentemente de serem celetistas ou estatutários.

Argumentam que *"o fato dos servidores públicos serem regidos por regime estatutário não tem o condão de elidir a obrigação quanto ao recolhimento da exação in foco – (diga-se contribuição sindical), porquanto, ainda que assegurado aos mesmos o direito à livre associação sindical (art. 37, VI, da CF), e o seu tratamento não pode discrepar daquele conferido ao trabalhador que atua na iniciativa privada em razão do princípio constitucional da liberdade de associação"* (f. 133).

Prequestionam toda a matéria debatida nos autos.

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida com a concessão da segurança.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 142-147) pugnando pela manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Em parecer (f. 155-163), a PGJ opina pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, concedendo parcialmente a segurança pleiteada, determinando que a autoridade impetrada promova o recolhimento compulsório da contribuição sindical dos servidores ativos, excluindo-se os servidores inativos da obrigação de recolher a referida contribuição.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação manejado por **Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, Federação dos Servidores Públicos Estaduais e Municipais do Estado de Mato Grosso do Sul** contra a sentença que denegou a segurança pugnada no *mandado de segurança* impetrado contra ato praticado pelo **Prefeito Municipal de Chapadão do Sul.**

No apelo de f. 130-136, as recorrentes afirmam que os Tribunais vêm adotando o entendimento no sentido de ser compulsório o desconto da contribuição sindical aos servidores públicos, independentemente de serem celetistas ou estatutários.

Argumentam que *"o fato dos servidores públicos serem regidos por regime estatutário não tem o condão de elidir a obrigação quanto ao recolhimento da exação in foco – (diga-se contribuição sindical), porquanto, ainda que assegurado aos mesmos o direito à livre associação sindical (art. 37, VI, da CF), e o seu tratamento não pode discrepar daquele conferido ao trabalhador que atua na iniciativa privada em razão do princípio constitucional da liberdade de associação"* (f. 133).

Prequestionam toda a matéria debatida nos autos.

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida com a concessão da segurança.

Em contrarrazões, o apelado pede a manutenção da sentença recorrida.

Em parecer (f. 155-163), a PGJ opina pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, concedendo parcialmente a segurança pleiteada, determinando que a

autoridade impetrada promova o recolhimento compulsório da contribuição sindical dos servidores ativos, excluindo-se os servidores inativos da obrigação de recolher a referida contribuição.

O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se é possível a cobrança da contribuição sindical dos servidores públicos regidos pelo regime estatutário.

Em conformidade com o expresso dispositivo constitucional, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF, *in verbis*:

> *"LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".*

No caso dos autos, restou parcialmente demonstrado o direito líquido e certo afirmado na petição inicial. Para a melhor compreensão da questão, faz-se mister tecer alguns esclarecimentos.

A organização sindical encontra-se estruturada da seguinte maneira: em grau inferior, encontra-se o sindicato, que pode ser apresentado como a associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos e individuais de seus membros ou da categoria; em grau superior, onde se encontram a Federação, entidade sindical organizada nos Estados-membros, e a Confederação, entidade sindical de âmbito nacional constituída por ramo de atividade.

Como é notório, para custeio das inúmeras funções do sindicato, este dispõe das fontes de receita relatadas no artigo 548, da CLT, mais precisamente a renda produzida pelos bens e valores de sua propriedade, as doações, legados, multas, rendas eventuais e, principalmente, as contribuições, que, por seu turno, dividem-se basicamente em quatro tipos, quais sejam, sindical, confederativa, assistencial e associativa.

Nesse sentido leciona Sérgio Pinto Martins:

> *"Tem o sindicato como receitas não só a contribuição sindical (art. 8º, IV, da CF c/c arts. 578 a 610 da CLT), mas a contribuição confederativa (art. 8º, IV, da CF), a contribuição assistencial (art. 513, e, da CLT) e a mensalidade dos sócios do sindicato (art. 548, b, da CLT)"* (Direito do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 652).

Também se faz necessário estabelecer a distinção entre a contribuição sindical e a contribuição confederativa. Prescreve o artigo 8º, IV, da CF, *in verbis*:

> *"Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:*
>
> *[...]*
>
> *IV. a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;"*

A contribuição confederativa é uma obrigação consensual, em razão de depender da vontade da pessoa que irá contribuir, inclusive participando da assembleia-geral na qual será fixado o seu valor. Trata-se de uma contribuição de cunho privativo, exigida pelo sindicato, de acordo com sua autonomia sindical, para o custeio do sistema confederativo, tendo como credores o sindicato da categoria profissional ou

econômica, e como devedores os empregadores ou empregados. Deve-se observar que a contribuição confederativa não é compulsória, mas facultativa já que somente vincula os associados.

Em contrapartida, a contribuição sindical é o antigo imposto sindical é um pagamento compulsório devido por todo trabalhador ou empregado, em benefício do respectivo sindicato, pelo fato de pertencerem à categoria econômica ou profissional ou a uma profissão liberal. Trata-se de um tributo que deverá ser pago por todos aqueles pertencentes à categoria, independentemente de serem ou não sindicalizados, por se tratar de uma prestação compulsória, que não constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei.

Tendo-se em vista o disposto no artigo 149, da CF, a contribuição sindical possui natureza nitidamente tributária, sendo compulsória a sua exigência em relação aos membros das referidas categorias econômicas.

Dessa forma, percebe-se que há um grande ponto diferencial entre essas duas contribuições visto que, enquanto a contribuição confederativa (artigo 8º, IV, da CF) visa apenas ao custeio do sistema confederativo, sendo fixada pela assembleia-geral, paga pelos filiados; a contribuição sindical tem natureza jurídica tributária, fixada em lei, devendo ser paga por todos aqueles que pertençam a uma determinada categoria.

Nesse sentido leciona José Afonso da Silva:

> *"Tema controvertido que, no entanto, ficou admitido pelo art. 8º, IV, que autoriza a assembléia geral a fixar contribuição sindical que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. Há, portanto, duas contribuições: uma para custeio de confederações e outra de caráter parafiscal, porque compulsória estatuída em lei, que são, hoje, os arts. 578 a 610 da CLT, chamada "Contribuição Sindical", paga, recolhida e aplicada na execução de programas sociais de interesse das categorias representadas"* (Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 302).

Desse modo, em se tratando de cobrança de contribuição sindical, a qual é considerada uma modalidade de tributo, sua exigência independe de filiação junto ao sindicato, sendo devida compulsoriamente pelas pessoas que pertençam à categoria econômica ou profissional.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de que até mesmo os servidores públicos regidos pelo regime estatutário sujeitam-se ao pagamento da contribuição sindical, senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA RECLAMAR CONTRIBUIÇÕES PRETÉRITAS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. ART. 578 DA CLT. POSSIBILIDADE."*
>
> *[...]*
>
> *4. "A Contribuição Sindical, prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT, é devida por todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive pelos servidores públicos, independentemente da sua condição de servidor público celetista ou estatutário"* (RMS 33.049/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/04/2011). *No mesmo sentido:* RMS 27.790/MT, Rel. Ministro Teori Albino Zzavascki, Primeira Turma, DJe 26/10/2009; RMS 24.917/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 26/03/2009.

> *"5. Agravo regimental não provido"* (STJ; AgRg. no REsp. 1287611/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012).
>
> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. SERVIDORES PÚBLICOS. RECOLHIMENTO. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.*
>
> *2. Nos termos da jurisprudência do STJ, a contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT é devida por todos os trabalhadores de determinada categoria, independentemente de filiação sindical e da condição de servidor público celetista ou estatutário. Precedentes: AgRg no REsp 1281281/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 22/05/2012; EDcl no REsp 1207858/AC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 30/03/2012.*
>
> *Agravo regimental improvido."* (STJ; AgRg. no REsp. 1333728/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012).

Assim sendo, não há como negar que os servidores públicos estão sujeitos à contribuição sindical, parafiscal, prevista no artigo 579, da CLT, a qual deve ser cobrada de todos os trabalhadores integrantes da categoria, independentemente de filiação sindical.

Excetua-se, porém, a situação dos servidores públicos estatutários que se encontrem na inatividade, já que estes não mais integram a categoria funcional, em razão da ausência de vínculo com os órgãos da administração pública, estando eles vinculados apenas a um regime previdenciário.

Nesse sentido, colho os seguintes julgados:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. RECOLHIMENTO. SERVIDORES PÚBLICOS. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a Contribuição Sindical, prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT, é devida por todos os trabalhadores de determinada categoria, independentemente de filiação sindical e da condição de servidor público celetista ou estatutário, excetuado, em relação a este, o inativo.*
>
> *2. Agravo Regimental não provido"* (STJ; AgRg no REsp 1281281/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 22/05/2012).
>
> *"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. COMPULSORIEDADE. ART. 578 DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES INATIVOS.*
>
> *1. A Contribuição Sindical, prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT, é devida por todos os trabalhadores de determinada categoria, inclusive pelos servidores públicos civis, independentemente da sua condição de servidor público celetista ou estatutário.*
>
> *2. Todavia, a obrigação de recolher a contribuição sindical não atinge os inativos, uma vez que não mais integram a categoria funcional pela inexistência de vínculo com os órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, direta e indireta.*

> *3. Impõe-se considerar que, apesar de a própria Constituição Federal assegurar o seu direito de participação nas organizações sindicais, o inativo somente está vinculado a um regime previdenciário, já que, a partir da data da aposentadoria, extingue-se o vínculo do servidor com o Município.*
>
> *4. Recurso especial não provido."* (STJ; REsp. 1225944/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 11/05/2011).

Logo, a sentença apelada merece ser reformada para o fim de conceder a segurança pleiteada, apenas excluindo os servidores inativos da obrigação de recolher a referida contribuição.

Por fim, quanto ao prequestionamento 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 mihi factum dabo tibi jus*. Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> *"No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi 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."* (*in* Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240).

Assim, 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."* (Embargos de Declaração n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J.:12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, confira-se o escólio de Nélson 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."* (*in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859).

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença recorrida conceder parcialmente a segurança pleiteada na petição inicial, autorizando o desconto da contribuição sindical, a qual deve se dar em folha de pagamento dos servidores públicos ativos, celetistas ou estatutários, excluindo, porém, os servidores públicos inativos da obrigação de recolher a contribuição. Com o parecer. Sem custas e honorários.

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e Federação dos Servidores Públicos Estaduais e Municipais do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara nos autos da ação de Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Chapadão do Sul.

O apelante alega em síntese que o desconto da contribuição sindical é compulsório aos servidores públicos, independentemente de serem os mesmos estatutários ou celetistas, devendo ser reformada a sentença recorrida com a concessão da segurança.

Como bem colocado pelo i. Relator dos autos, entendo que, possuindo a contribuição sindical natureza jurídica tributária, que independe de filiação ao sindicato, fixada por lei, a mesma deverá ser paga por todos aqueles que pertençam a uma determinada categoria funcional, excluindo-se àqueles servidores inativos, pois não integram mais a categoria funcional, mas sim a um regime previdenciário.

Desta forma, acompanho o relator para dar provimento ao recurso, autorizando o desconto da contribuição sindical apenas dos servidores públicos ativos, sejam eles celetistas ou estatutários, excetuando os servidores públicos inativos do pagamento da contribuição.

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

De acordo com Relator.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4001458-23.2013.8.12.0000/50000 - Dourados
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE, DE PLANO, NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – NOMEAÇÃO DE PERITO – EXCEÇÃO SUSPEIÇÃO – INTEMPESTIVIDADE – ARTIGOS 304 E 305, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão que, de plano, negou seguimento ao agravo de instrumento, ratificando o *decisum* de primeira instância que reconheceu a intempestividade da exceção de suspeição do perito.

A exceção de suspeição deve ser oposta no prazo legal, cujo termo inicial é a data em que se toma conhecimento dos fatos motivadores da suspeição.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., irresignada com a decisão desse relator que, de plano, negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento n.º 4001458-23.2013.8.12.0000, manejado em face de **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, interpõe recurso de agravo regimental.

Aduz, em síntese, que somente tomou conhecimento de que o perito havia composto o Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente de Dourados em 19.11.2012.

Argumenta que o prazo para a oposição da exceção de suspeição somente tem início quando do conhecimento do fato que lhe dá ensejo.

Destaca que *"mesmo quando da nomeação em audiência a agravante desconhecia as referências pretéritas do expert e somente veio a ter certeza da sua condição de membro da Sociedade de Defesa Ambiental de Dourados – SALVAR, quando da expedição de cópia da sua ata de fundação pelo Cartório do 4º Ofício de Dourados em 12/11/2012"* (f. 06).

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para o fim de reconsiderar decisão agravada, nos termos da fundamentação supra.

Mantenho a decisão.

VOTO

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

PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A., irresignada com a decisão desse relator que, de plano, negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento n. 4001458-23.2013.8.12.0000, manejado em face de **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, interpõe recurso de agravo regimental.

Aduz, em síntese, que somente tomou conhecimento de que o perito havia composto o Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente de Dourados em 19.11.2012.

Argumenta que o prazo para a oposição da exceção de suspeição somente tem início quando do conhecimento do fato que lhe dá ensejo.

Destaca que *"mesmo quando da nomeação em audiência a agravante desconhecia as referências pretéritas do expert e somente veio a ter certeza da sua condição de membro da Sociedade de Defesa Ambiental de Dourados – SALVAR, quando da expedição de cópia da sua ata de fundação pelo Cartório do 4º Ofício de Dourados em 12/11/2012"* (f. 06).

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para o fim de reconsiderar decisão agravada, nos termos da fundamentação supra.

Como enfatizei quando do julgamento monocrático do recurso de agravo de instrumento, deve ser mantida a decisão proferida em primeira instância que reconheceu a intempestividade da exceção de suspeição do perito nomeado.

A decisão ora agravada restou assim proferida, *in verbis*:

> *"[...] A hipótese em exame dispensa a análise do Órgão Colegiado, por questão de economia processual, haja vista que o artigo 557,* caput*, do CPC, permite que o relator negue seguimento ao recurso que for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores.*
>
> *Conforme se infere dos autos, na audiência realizada em 25 de outubro de 2012, foi deferida a produção da prova pericial, nomeando-se perito a empresa M. Duarte EPP, cujo responsável técnico é o Sr. Marcos Duarte (f. 81-82). Nesta oportunidade, estavam presentes o representante legal do Ministério Público Estadual (Dra. Fabrícia Barbosa Lima) e a ora recorrente representada pelo preposto e pelo patrono (Sr. Vicentino Weber do Canto e Dr. Carlos Anzoategui Neto, respectivamente), saindo todos intimados da decisão ali proferida.*
>
> *Inconformada com a indicação, a agravante, em 19 de novembro de 2012, opôs exceção de suspeição, sustentando a sua parcialidade do expert por ter integrado órgãos governamentais e não governamentais de proteção ao meio ambiente (f. 84-88).*
>
> *Todavia, a magistrada a quo entendeu ser o caso de rejeitar liminarmente a exceção, considerando sua intempestividade, já que o curso do prazo de 15 (quinze) dias*

para a oposição teve início na data da nomeação do perito, o que fora feito na audiência realizada em 25.10.2012 (f. 113-114), justificando a interposição do presente recurso.

Pois bem, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se é tempestiva a exceção de suspeição do perito oposta pela ora agravante.

A matéria está regida no Código de Processo Civil que, ao dispor sobre a arguição de incompetência e suspeição reza o seguinte:

"Art. 304. É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).

Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição".

Ainda, sobre o momento da arguição da exceção, dispõe o diploma processualista:

"Art. 138. [...]

§ 1º A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argüido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido".

Também a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da exceção de suspeição, transcrevo o seguinte julgado:

"SUSPEIÇÃO. Perito. Prazo.

O direito de argüir a exceção pode surgir a qualquer tempo, mas deve ser exercido no prazo de quinze dias depois de a parte ter conhecimento do fato. Na espécie, o prazo deve ser contado da intimação da nomeação do perito. Art. 305 do CPC.

Recurso não conhecido" (STJ; REsp. 328.767/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 391).

In casu*, verifica-se que os fatos que dariam ensejo à suspeição do perito são anteriores a sua nomeação em audiência. Nota-se que a alegação de suspeição está amparada no fato de o perito ter participado do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente – CONDAM na gestão 2009/2010.*

Sendo assim, é possível afirmar que quando da indicação do nome do perito (na audiência), teve início o curso do prazo para a alegação de eventual suspeição, por ter sido esta a oportunidade em que a agravante tomou conhecimento do fato.

Considerando que a data inicial para a contagem do prazo é o dia da realização da audiência (25.10.2012), evidencia-se a intempestividade da exceção de impugnação oposta apenas em 09.11.2012, tendo agido com acerto a magistrada ao rejeitar o incidente.

Ante o exposto, com supedâneo no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, de plano, por ser manifestamente improcedente, nego seguimento ao recurso. Com o parecer.

[...]".

No caso em análise, tenho que a decisão objurgada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme salientei na decisão singular, o curso do prazo legal para a oposição da exceção de suspeição do perito tem início na data em que o a parte interessada toma conhecimento da suspeição.

No presente caso, o perito fora nomeado na audiência realizada em 25.10.2012. Em contrapartida, os fatos que deram ensejo à oposição da exceção são bem anteriores à indicação no nome do perito. Note-se que a alegação de suspeição está amparada no fato de o perito ter participado do Conselho Municipal de Defesa do Maio Ambiente na gestão de 2009/2010, razão pela qual caberia à recorrente ter oposto a exceção no prazo legal, contado desde a indicação do *expert*.

Ante o exposto, por não merecer reparo o *decisum* censurado, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação Reexame Necessário n. 0003633-26.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ISSQN – EXIGÊNCIA PELO FISCO DOS TAXISTAS AUXILIARES – ISENÇÃO PELA LCM 59/2003 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA – OFENSA – ART. 150, I, CF – RECURSO IMPROVIDO.

A cobrança de tributos deve sempre respeitar o princípio da legalidade, de grande relevância dentre todos os princípios norteadores do direito tributário. Através dele, tem-se a garantia de que nenhum tributo será exigido sem que haja expressa legislação para tanto, sendo que somente assim estará resguardada a segurança jurídica almejada pelo legislador constituinte.

Dispondo a lei municipal ser isento do recolhimento de ISSQN os motoristas de taxi auxiliares, não pode o ente estatal exigir o tributo, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O Município de Campo Grande interpõe apelação contra a sentença que concedeu a ordem reclamada no mandado de segurança coletivo que o Sindicato dos Taxistas do Estado de Mato Grosso do Sul – SINTAXI-MS impetrou contra ato praticado pelo Secretário de Planejamento e Controle do Município de Campo Grande.

Aduz, em síntese, que a incidência do ISSQN sobre o serviço prestado pelos taxistas e mototaxistas auxiliares decorre da obrigação estabelecida no art. 1º da LC 59/2003, em consonância com o disposto na LC 116/2003; que não há falar em ofensa pelo apelante do princípio da legalidade, consoante estabelecido na decisão recorrida, posto que a LC 59/2003 estabelece a regra-matriz de incidência tributária do ISSQN; que os motoristas auxiliares não tinham à época da impetração direito à isenção prevista na LC 59/2003; que não há como interpretar extensivamente tal direito, para concedê-los aos motoristas auxiliares.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo, para que seja reformada a sentença.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pela manutenção da sentença.

A sentença está sujeita ao reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta contra a sentença que concedeu a ordem reclamada no mandado de segurança coletivo que o Sindicato dos Taxistas do Estado de Mato Grosso do Sul – SINTAXI-MS impetrou contra ato praticado pelo Secretário de Planejamento e Controle do Município de Campo Grande, para o fim de declarar a ilegalidade da cobrança do ISSQN sobre a atividade exercida pelos taxistas auxiliares, bem como determinar a extinção do débito tributário gerado em decorrência da cobrança indevida.

Em suas razões, aduz o Município recorrente que a incidência do ISSQN sobre o serviço prestado pelos taxistas e mototaxistas auxiliares decorre da obrigação estabelecida no art. 1º da LC 59/2003, em consonância com o disposto na LC 116/2003; que não há falar em ofensa pelo apelante do princípio da legalidade, consoante estabelecido na decisão recorrida, posto que a LC 59/2003 estabelece a regra-matriz de incidência tributária do ISSQN; que os motoristas auxiliares não tinham à época da impetração direito à isenção prevista na LC 59/2003; que não há como interpretar extensivamente tal direito, para concedê-los aos motoristas auxiliares.

Analiso ambos os recursos, voluntário e necessário, concomitantemente.

Cinge-se a controvérsia a respeito da legalidade da exigência de ISSQN pelo Município de Campo Grande daqueles que exercem a atividade de taxista auxiliar.

A sentença não merece reparos.

Como é cediço, a Constituição Federal estabelece ser da competência dos Municípios instituir impostos sobre serviços, nos termos do artigo 156, inciso IV, da Carta Magna, *in verbis:*

> *"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *[...]*
>
> *III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar".*
>
> *Por sua vez, o artigo 150, inciso I, da Carta Magna de 1988 estabelece que:*
>
> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça."*

Portanto, a cobrança de tributos deve sempre respeitar o princípio da legalidade, de grande relevância dentre todos os princípios norteadores do direito tributário. Através dele, tem-se a garantia de que nenhum tributo será exigido sem que haja expressa legislação para tanto, sendo que somente assim estará resguardada a segurança jurídica almejada pelo legislador constituinte.

Acerca do tema, trago à colação os ensinamentos de Roque Antônio Carrazza, *in* "Curso de Direito Constitucional Tributário", 22.ª ed, Editora: Malheiros, pág. 242 e 243:

> *"O princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do direito tributário. A raiz de todo ato administrativo tributário deve encontrar-se numa norma legal, nos termos expressos do art. 5.º, II, da Constituição da República.*
>
> *Muito bem, bastaria este dispositivo constitucional para que tranquilamente pudéssemos afirmar que, no Brasil, ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio de lei, da pessoa política competente, é óbvio. Dito de outro modo, do princípio expresso da legalidade poderíamos extratar o princípio implícito da legalidade tributária.*
>
> *[...]*
>
> *O princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada, no campo tributário, pelo art. 150, I, da CF. Graças a estes dispositivo, a lei – e só ela – deve definir, de forma absolutamente minuciosa, os tipos tributários. Sem esta precisa tipificação de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si só, não têm a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes.*
>
> *[...]*
>
> *O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação."*

No caso dos autos, tem inequívoca aplicabilidade o disposto no art. 12 da própria Lei Complementar Municipal n. 59/2003, citada pelo apelante, que dispõe:

> *"Art. 12. São isentos de ISSQN:*
>
> *[...]*
>
> *XI – os motoristas de automóveis de aluguel taxistas;"*

A propósito, como bem frisou o douto magistrado sentenciante:

> *"É fato incontroverso que a Lei Complementar Municipal n. 126/2008, que trata da incidência do ISSQN sobre os serviços prestados pelos registradores, escrivães, tabeliães, notários ou similares, não traz em seu bojo dispositivo expresso que altere ou modifique o disposto no art. 12, inciso XI, da Lei Complementar Municipal n. 59/2003.*
>
> *[...]*
>
> *Igualmente, ainda está em vigor a Lei n. 2.432, de 23 de novembro de 1987, que alterou dispositivos da Lei 1.466/73 (Código Tributário Municipal), reduzindo alíquota sobre movimento econômico de casas de saúde; remindo e parcelando crédito tributários e isentando do ISS os taxistas, assim dispondo em seu art. 4: 'Ficam isentos de pagamento de Imposto Sobre Serviços-ISS, a partir de 1º de janeiro de 1987, os motoristas de automóveis de aluguel – Taxistas'.*
>
> *É pertinente salientar que o ente tributante deve obedecer ao princípio da legalidade para criação e majoração de um tributo, de modo que a exigência do tributo só será possível com a expressa previsão legal, o que não ocorreu no caso em análise.*

[...]

Como forma de salvaguardar o princípio da segurança jurídica, não há que se falar em cobrança de tributo sem que haja expressa previsão legal, razão pela qual é ilegal a cobrança de ISSQN pelo Município, haja vista que os serviços relativos aos taxistas auxiliares não estão relacionados na Lei Complementar n. 126/2008, não comportando qualquer interpretação ampla e/ou extensiva."

Aliás, ao analisar questões análogas, este Colendo Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, *verbis*:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – ISSQN – TRANSPORTE MUNICIPAL – MOTOCICLETA – REQUISITOS LEGAIS PARA QUALIFICAÇÃO COMO SUJEITO PASSIVO – SER PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO – MOTO-TAXISTA AUXILIAR EXIGÊNCIA DE QUE NÃO SEJA PROPRIETÁRIO DA MOTOCICLETA – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com a exigência legal (art. 161 do Código Tributário Municipal do Município de Campo Grande) são sujeitos passivos do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), em se tratando de transporte urbano de passageiros, apenas os moto-taxistas que detêm a propriedade das motocicletas. Assim, como o moto-taxista auxiliar, segundo exigência legal (Decreto Municipal 7.658/1998) não detém a propriedade da motocicleta na qual exerce sua profissão, sendo obrigado a utilizar-se do alvará, ponto dos moto-taxistas e motocicleta do permissionário, não pode ser considerado sujeito passivo do ISSQN, sob pena de caracterização de bis in idem pela cobrança do mesmo imposto de sujeito diverso." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.010507-7, rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j. 28.09.09).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – MOTOTAXISTA – EDIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – SER PROPRIETÁRIO DE VEÍCULO – MOTOTAXISTA AUXILIAR QUE NÃO É PROPRIETÁRIO DE VEÍCULO – RECURSO IMPROVIDO.

O sujeito passivo do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, em conformidade com o inciso I do artigo 161 do Código Tributário Municipal, são os mototaxistas que detêm a propriedade dos veículos de transportes urbanos.

O mototaxista auxiliar, por imposição de norma reguladora, a qual disciplina que ele não pode ser proprietário de veículo de transporte, não pode ser sujeito passivo da relação jurídica tributária." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.005255-6, rel. Des. Rubens B. Bossay, j. 06.07.2009).

Destarte, restando manifesto que os auxiliares dos proprietários de veículos de táxi são isentos do recolhimento do ISSQN, a manutenção *in totum* da sentença que declarou a ilegalidade da cobrança sobre a atividade exercida pelos taxistas auxiliares, bem como determinou a extinção do débito tributário gerado em decorrência da cobrança indevida é medida que se impõe.

Ante o exposto, com o parecer, conheço dos recursos voluntário e necessário, e nego-lhes provimento, mantendo-se intacto o *decisum*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICIPIO DE CAMPO GRANDE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 18 de junho de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0014697-98.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – QUEDA EM DEGRAU NÃO SINALIZADO, LOCALIZADO NA ÁREA DE PASSEIO DO SHOPPING CENTER – AUSÊNCIA DE PROVAS DA FALTA DE SINALIZAÇÃO E DA QUEDA NO LOCAL – APLICAÇÃO DO ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DEVER DE INDENIZAR – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

Se a autora não comprovar a negligência do estabelecimento réu quanto à sinalização do degrau existente em seu interior, não faz *jus* à indenização pelos danos que alega ter sofrido em decorrência de eventual queda.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de abril de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Shopping Avenida Center recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes a ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Jacira Lourdes Gianoni Monzani, sustentando, em resumo, que as provas nos autos não deixam dúvidas de que o local onde a apelada alega ter sofrido a queda estava perfeitamente sinalizado, com faixas nas cores amarela e vermelha. Assevera, ainda, que a recorrida não comprovou o nexo causal entre a fratura do seu braço e a queda nas dependências do estabelecimento apelante, razão pela qual a presente demanda deve ser julgada improcedente.

Nas contrarrazões (f. 324-329), a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Jacira Lourdes Gianoni Monzani em desfavor do Shopping Avenida Center, argumentando, segundo o relatório da sentença, que:

> *"em 3 de janeiro de 2009, quando passeava nos corredores internos do shopping réu, tropeçou em um obstáculo localizado em área de circulação pública, vindo a cair e fraturar o braço, o que ocasionou sua incapacidade laborativa, danos materiais e danos morais. Pediu a condenação do réu ao pagamento dos danos materiais, no valor de R$ 3.530,82, e dos danos morais, no valor de R$ 50.000,00."*

O magistrado de instância singela, por entender que o local em que requerente sofreu a queda não estava sinalizado, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na peça inaugural, condenando o réu a pagar a autora, a título de indenização por danos morais, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), e danos materiais na importância de R$ 3.530,82 (três mil quinhentos e trinta reais e oitenta e dois centavos).

Dessa decisão apela o requerido, sustentando, em síntese, que as provas nos autos não deixam dúvidas de que o local onde a apelada alega ter sofrido a queda estava perfeitamente sinalizado, com faixas nas cores amarela e vermelha. Assevera, ainda, que a recorrida não comprovou o nexo causal entre a fratura do seu braço e a queda nas dependências do estabelecimento apelante, razão pela qual a presente demanda deve ser julgada improcedente.

A matéria devolvida a este Sodalício cinge-se em saber se o local onde a autora/apelada alega ter sofrido a queda estava sinalizado e se há nexo de causalidade entre a queda e a fratura de seu braço, capaz de gerar direito à indenização.

Analisando os elementos probatórios dos autos, mais especificamente as fotografias de f. 18-21 produzidas pela própria autora, resta claramente evidenciada que o degrau existente no interior do estabelecimento apelante, onde a demandante afirmou ter sofrido a queda e fraturado o braço, está devidamente sinalizado com duas faixas, uma de cor amarela e a outra de tom avermelhada.

Embora à apelada tenha alegado que na época dos fatos não havia qualquer sinalização no local e que tais faixas coloridas foram colocadas após o sinistro, essa insurgência não merece prosperar, uma vez que não há qualquer indício de tal alegação, mesmo porque caberia a ela (recorrida) ter juntado ao caderno processual imagens do lugar dos fatos sem a referida sinalização, o que efetivamente não aconteceu.

Assim sendo, verifica-se que a autora/recorrida não comprovou a falta de sinalização do degrau que alega ter caído, logo, não há falar em negligência por parte da apelante, muito menos em responsabilizá-la por eventual indenização, uma vez que, se realmente ocorreu a queda, esta se deu por culpa exclusiva da vítima, a qual deixou de tomar a devida cautela e o cuidado necessário ao passear nas dependência do *Shopping* apelante.

Nesse mesmo diapasão, trago à colação o seguinte julgado:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUEDA NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA.* ***Alegações de ausência de sinalização no degrau e de falta de assistência por parte do demandado, após a queda da cliente autora, que não restaram comprovadas.*** *A autora, cliente de longa data do banco demandado, e frequentadora da agência onde ocorreu o infortúnio, tinha ciência do degrau e da rampa de acesso à plataforma de atendimento.* ***Hipótese em que restou evidenciada a culpa exclusiva da autora (art. 12, § 3º, III do CDC), circunstância que afasta a responsabilidade do demandado. Descuido e desatenção da autora que restaram evidenciados nos autos.*** *Apelação desprovida. Decisão unânime."* (TJRS; AC 70039657895; São Leopoldo; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana; Julg. 25/11/2010; DJERS 15/12/2010). *[destaquei]*.

Por outro lado, cumpre frisar que o conjunto probatório produzido durante a instrução processual não deixa claro de que a fratura ocorrida no braço da recorrida foi em decorrência de eventual queda sofrida

no interior do estabelecimento apelante, isto porque, a única testemunha ouvida nos autos, às f. 295-296, é amigo de seu filho, motivo pelo qual seu depoimento deve ser visto com ressalvas, dependendo de outras provas para corroborá-lo, o que não existe.

Desse modo, é temerário concluir que a lesão sofrida pela apelada foi em virtude de suposta queda ocorrida por negligência da empresa recorrente.

Posto isso, tenho que não restam comprovados os fatos argumentados pela autora/apelada, violando, assim, a norma contida no inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil, que diz: *"O ônus da prova incube: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito"*.

Neste sentido, leciona o prof. Vicente Greco Filho, em sua obra Direito Processual Brasileiro, 2º Volume, 13ª edição, pág. 189, *in verbis*:*"O Juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito"*.

Com muita clareza, o profº. Luis Rodrigues Wanbier (Curso Avançado de Processo Civil, Volume I, Revista dos Tribunais, 2ª edição, página 486) traz o conceito de ônus da prova como *"a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso"*.

Outro não é o entendido desse Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"Ao ingressar em juízo com ação, o autor deve ater-se aos meios de prova capazes de corroborar suas alegações feitas na inicial, obedecendo ao princípio fundamental do ônus da prova* actori onus probandi incumbit*, sob pena de ter a pretensão deduzida inacolhida."* (Apelação Cível n. 2001.011332-5. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli - J. 13/08/2003).

> *"A parte autora em momento algum produziu qualquer prova de suas alegações, não atende, por conseguinte, o que dispõe o art. 333, I, do CPC."* (Apelação Cível n. 2001.002226-8 - Rel. Des. João Maria Lós - J. 18/03/2003).

Dessa feita, considerando que a requerente/apelada deixou de comprovar a falta de sinalização do degrau localizado na área de passeio público do Shopping recorrente, bem como ter sofrido a queda nesse local, tenho que ela não faz *jus* a indenização pleiteada, devendo, portanto, o presente feito ser julgado improcedente.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 02 de abril de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802882-69.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DIVÓRCIO C/C PARTILHA – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – IMÓVEL DOADO EXCLUSIVAMENTE A DOS CÔNJUGES – POSSIBILIDADE – INCOMUNICABILIDADE – BENFEITORIAS – AUSÊNCIA DE PROVAS – DESOCUPAÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO IMPROVIDO.

No regime da comunhão parcial de bens, serão excluídos da partilha, entre outros, os bens que sobrevierem, na constância do casamento, por doação, sucessão ou sub-rogação (CC 1659 I). A doação constitui uma hipótese expressa de incomunicabilidade de bens prevista pelo Código Civil, no que concerne ao Regime de Comunhão Parcial de Bens.

A doação realizada a um dos cônjuges, em relações matrimonias regidas pelo regime de comunhão parcial de bens, somente serão comunicáveis quando o doador expressamente se manifestar neste sentido e, no silêncio, presumir-se-á feitas apenas ao donatário.

A apelante não cuidou de comprovar a colaboração com eventuais benfeitorias realizadas no imóvel, nem tampouco que elas sequer existiram.

O prazo de 60 (sessenta) dias para desocupação do bem se mostra razoável, considerando que o referido bem pertence exclusivamente ao requerente.

Mesmo fato de estarem casados à época da doação, por si só, não tem o condão de comunicar os bens, tendo em vista que esta não foi a intenção do doador.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

A.C.A.S. interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente em parte o pedido formulado nos autos da ação de divórcio c.c partilha que lhe move E.A.C.

Em suas razões de recurso, a recorrente alega que a doação do imóvel localizado na Rua do Lince, 254, bairro estrela Dalva I, nesta capital, foi feita somente após o casamento, devendo ser partilhado entre o casal. Aduz que o autor se utilizou de falsa informação para declarar seu estado civil, se beneficiando

neste momento com a exclusão do bem imóvel da partilha. Não sendo este o entendimento, postula pela metade das benfeitorias realizadas, bem como que o prazo de desocupação seja somente após a alienação de todos os bens do casal, vez que se encontra em difícil situação financeira. Prequestiona dispositivos infraconstitucionais e constitucionais.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação manejado por A.C.A.S. contra sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande Lagoas, que julgou procedente em parte o pedido formulado nos autos da ação de divórcio c.c partilha que lhe move E.A.C.

Extrai-se dos autos, que o autor E.A.C. ingressou com a presente ação, alegando, em síntese, que é casado com a requerida desde 17.07.1999, sob o regime da comunhão parcial de bens; o casal está separado de fato há aproximadamente 1 ano e 3 meses; relatou que na constância do casamento o casal adquiriu os bens relacionados às fls. 3, item II; argumentou que o imóvel que servia de residência do casal, localizado na Rua do Lince, 254, bairro Estrela Dalva I, nesta Cidade, no qual encontra-se a requerida deve ser excluído da partilha, uma vez que é de sua propriedade exclusiva, já que o recebeu em doação; quanto aos demais bens pugnou pela partilha em 50% para cada parte.

Como relatado, a pretensão inicial foi acolhida em parte, ficando excluído da partilha o bem imóvel determinado pelo lote 50, quadra 09, loteamento Estrela Dalva I, inscrito no livro 194, fls.040 do Cartório do 5º Ofício, da cidade de campo Grande, bem como de eventuais melhorias feitas no bem (fls.116-124).

Em suas razões de recurso, a recorrente alega que a doação do imóvel localizado na Rua do Lince, 254, bairro estrela Dalva I, nesta capital, foi feita somente após o casamento, devendo ser partilhado entre o casal. Aduz que o autor se utilizou de falsa informação para declarar seu estado civil, se beneficiando neste momento com a exclusão do bem imóvel da partilha. Não sendo este o entendimento, postula pela metade das benfeitorias realizadas, bem como que o prazo de desocupação seja somente após a alienação de todos os bens do casal, vez que se encontra em difícil situação financeira. Prequestiona dispositivos infraconstitucionais e constitucionais.

Sem razão a súplica.

Como sabido, no regime da comunhão parcial de bens, serão excluídos da partilha, entre outros, os bens que sobrevierem, na constância do casamento, por doação, sucessão ou sub-rogação (CC 1659 I). A doação constitui uma hipótese expressa de incomunicabilidade de bens prevista pelo Código Civil, no que concerne ao Regime de Comunhão Parcial de Bens.

In casu, é fato incontroverso que o apelante era casado sob o regime da comunhão parcial de bens e a escritura de doação do imóvel, ora em discussão, foi feita exclusivamente a ele, como donatário, e não à apelante também, tanto que não consta, na referida escritura, assinatura dela (fls. 15/16). Vale ressalta, que o fato de estarem casados à época da doação, por si só, não tem o condão de comunicar os bens, tendo em vista que esta não foi a intenção do doador.

Neste sentido:

> *"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SEPARAÇÃO CONVERTIDA EM DIVÓRCIO. PARTILHA. POSSIBILIDADE. BEM DOADO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. Debate sobre a comunicabilidade de doação de numerário para a quitação de imóvel adquirido pela recorrente, em casamento regido pela comunhão parcial de bens. - O regime de comunhão parcial de bens tem, por testa, a ideia de que há compartilhamento dos esforços do casal na construção do patrimônio comum, mesmo quando a aquisição do patrimônio decorre, diretamente, do labor de apenas um dos consortes. - Na doação, no entanto, há claro descolamento entre a aquisição de patrimônio e uma perceptível congruência de esforços do casal, pois não se verifica a contribuição do não-donatário na incorporação do patrimônio. - Nessa hipótese, o aumento patrimonial de um dos consortes prescinde da participação direta ou indireta do outro, sendo fruto da liberalidade de terceiros, razão pela qual, a doação realizada a um dos cônjuges, em relações matrimonias regidas pelo regime de comunhão parcial de bens, somente serão comunicáveis quando o doador expressamente se manifestar neste sentido e, no silêncio, presumir-se-á feitas apenas ao donatário. - Recurso provido com aplicação do Direito à espécie, para desde logo excluir o imóvel sob tela, da partilha do patrimônio, destinando-o, exclusivamente à recorrente".* (STJ; REsp. 1.318.599; Proc. 2011/0158378-0; SP; Terceira Turma; Relª. Min. Nancy Andrighi; Julg. 23/04/2013; DJE 02/05/2013).

> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. IMÓVEL DOADO PELO MUNICÍPIO A SOMENTE UM DOS CÔNJUGES. INCOMUNICABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.659, INCISO I DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO PROVIDO. A doação constitui uma hipótese expressa de incomunicabilidade de bens prevista pelo Código Civil, no que concerne ao Regime de Comunhão Parcial de Bens. Inarredável a aplicação do disposto na Lei Civil, que exclui da comunhão parcial os bens recebidos por doação, já que este foi o regime adotado pelo casal. -Irrelevante a discussão sobre a origem do imóvel e sim a forma como ele incorporou ao patrimônio da apelante, não importando o fato de ter sido doado por Ente Público, já que a partilha de bens é matéria regulamentada pelo Direito de Família e assim sendo, o respeito ao regime de bens eleito pelo casal é medida que se impõe. - Recurso provido".* (TJMG; APCV 1.0604.11.001587-1/001; Rel. Des. Antônio Marcos Alvim Soares; Julg. 07/02/2013; DJEMG 18/02/2013).

Denota-se, ainda, que a recorrente afirma que o apelado utilizou de falsa informação para declarar seu estado civil quando foi realizada a doação do bem; no entanto, não há prova suficiente e satisfatória de tal fato.

Do mesmo modo, a apelante não cuidou de comprovar a colaboração com eventuais benfeitorias realizadas no imóvel, nem tampouco que elas sequer existiram.

Por fim, tenho que o prazo de 60 (sessenta) dias para desocupação do bem se mostra razoável, considerando que o referido bem pertence exclusivamente ao requerente. Ademais, a própria requerida afirma que exerce atividade remunerada, tendo então, condições para arcar com a sua moradia.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Juiz Marcelo Câmara Rasslan e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 11 de junho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0021993-09.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXTINÇÃO – PENHORA ON LINE – DEPÓSITO EM CONTA ÚNICA DO JUÍZO – NÃO INSURGÊNCIA SOBRE O *QUANTUM* – LEVANTAMENTO DO VALOR CORRIGIDO – SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Resta caracterizada a satisfação da obrigação, com a extinção da execução, quando o credor, no primeiro momento em que se manifesta nos autos após a penhora, requer o levantamento da quantia depositada, com a imediata expedição de alvará, precluindo, por conseguinte, o seu direito de pleitear eventual saldo remanescente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de maio de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Neves Vieira Ribeiro, inconformado(a) com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos do Cumprimento de sentença que move em face de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, interpõe apelação cível, alegando que a apelada não realizou o pagamento da dívida dentro do prazo legal, motivo pelo qual foi aplicada a multa do art. 475-J do CPC e os honorários advocatícios de R$ 2.786,22 (dois mil, setecentos e oitenta e seis reais e vinte e dois centavos).

Afirma que, em 17/2/2012, foi realizada a penhora da quantia de R$ 32.585,18 (trinta e dois mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e dezoito centavos), ocorre que para a época da penhora a quantia devida era de R$ 33.568,84 (trinta e três mil, quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), havendo, portanto, saldo remanescente de R$ 983,66 (novecentos e oitenta e três reais e sessenta e seis centavos).

Assevera que tal saldo remanescente atualizado e com a incidência de juros da data da penhora perfaz a quantia de R$ 1.156,13 (hum mil, cento e cinquenta e seis reais e treze centavos).

Requer seja dado provimento ao recurso.

A parte apelada não apresentou contrarrazões, embora devidamente intimada (e-f. 80).

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Neves Vieira Ribeiro em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que decretou a extinção do processo, sob o argumento de que houve o pagamento do débito.

Alega que a apelada não realizou o pagamento da dívida dentro do prazo legal, motivo pelo qual foi aplicada a multa do art. 475-J do CPC e os honorários advocatícios de R$ 2.786,22 (dois mil, setecentos e oitenta e seis reais e vinte e dois centavos).

Afirma que, em 17/2/2012, foi realizada a penhora da quantia de R$ 32.585,18 (trinta e dois mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e dezoito centavos). Ocorre que para a época da penhora a quantia devida era R$ 33.568,84 (trinta e três mil, quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), havendo, portanto, saldo remanescente de R$ 983,66 (novecentos e oitenta e três reais e sessenta e seis centavos).

Assevera que tal saldo remanescente, atualizado e com a incidência de juros da data da penhora, perfaz a quantia de R$ 1.156,13 (hum mil, cento e cinquenta e seis reais e treze centavos).

Pelo que se observa dos autos, o ora apelante requereu o cumprimento da sentença, que condenou *"a Ré a pagar ao Autor indenização referente ao seguro obrigatório (DPVAT) no importe de 40 (quarenta) salários mínimos vigentes à época do acidente, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, e correção monetária pelo IGPM-FGV a partir do evento danoso.*

Diante da sucumbência, condeno a Ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em consonância com os parâmetros indicados no artigo 20, §3º, do CPC" (e-f. 25).

Em 28/4/2011, o magistrado singular determinou a intimação da ora apelada para cumprimento da sentença, no prazo de 15 (quinze) dias (e-f. 37).

Diante do não pagamento, o ora apelante requereu a penhora *on line*, *"da quantia de R$ 32.585,18 (trinta e dois mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e dezoito centavos), referente ao valor principal atualizado, com juros, multa e honorários fixados para esta Fase"*. (e-f. 45).

Foi deferida a penhora *on line* sobre a quantia pleiteada pelo ora apelante, tendo sido realizado o bloqueio referente à conta pertencente à apelada junto ao Banco do Brasil S/A, agência: 3344, conta: 9294414, conforme informação do BACEN JUD 2.0 (e-f. 48) e, ainda, foi realizada a transferência da quantia para conta única (e-f. 53).

Vê-se, pelo extrato de movimentação de subconta (e-f. 53), que o saldo disponível em, 23/02/2012, era de R$ 32.618,82, que correspondia ao valor do principal mais juros, tendo sido lavrado o termo de penhora, em 27/2/2012 (e-f. 54).

A ora apelada manifestou-se nos autos, requerendo a extinção do feito, tendo em vista a satisfação do crédito (e-f. 57-58).

Intimado a manifestar-se sobre o pedido da apelada, o credor, ora apelante, requereu *"a imediata expedição de alvará na modalidade eletrônica TED da quantia penhorada nos autos, com a devida correção desde a data da mencionada penhora"* (e-f. 62).

Evidencia-se, portanto, que houve o cumprimento da obrigação, já que instado a se manifestar o credor requereu o levantamento da quantia depositada na conta única, com a expedição de alvará na modalidade eletrônica **TED**.

Se entendia o credor haver saldo devedor remanescente deveria ter se pronunciado a respeito da questão, ao peticionar requerendo o levantamento da quantia depositada. Contudo, quedou-se inerte apenas pleiteando a expedição imediata de alvará.

Vale consignar que a incidência da correção monetária na quantia depositada em conta única é automática. Logo, o credor ao receber, o faz com o valor devidamente corrigido.

Assim, se a intenção do credor, ora apelante, ao analisar o pedido de extinção da execução, por cumprimento da obrigação, for o de dar prosseguimento ao feito, com o recebimento de suposto saldo remanescente, deveria ter aduzido tal pretensão na primeira oportunidade em que foi instado a se manifestar. Se não o fez, mas tão somente pleiteou o levantamento da quantia depositada, há de se concluir satisfeita a obrigação.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 07 de maio de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0809101-95.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – DISPONIBILIDADE DE VAGA EM CRECHE – PERÍODO INTEGRAL – DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL – DEVER DO ENTE PÚBLICO – ARTIGOS 208, IV E 211 DA CF – COM O PARECER – RECURSO PROVIDO.

O artigo 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90) assegura à criança e ao adolescente o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

O atendimento em creche e em pre-escola de criança até 05 anos de idade decorre de direito constitucional à educação infantil e é dever jurídico do Poder Público, notadamente do Município, conforme artigo 208, IV e artigo 211 § 2º da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara 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, 4 de junho de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

B. D. S. S., representada por sua genitora, D. G. D. S., inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Dourados, nos autos da ação de Mandado de Segurança que impetra contra ato coator do Prefeito Municipal de Dourados - MS e Secretário Municipal de Educação de Dourados MS, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que denegou a segurança, extinguindo o feito sem resolução do mérito, com fulcro no § 5º, do artigo 6.º, da Lei n.º 12.016/2009 c/c artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A apelante afirma ter oito meses de idade e necessita ter acesso à educação, considerando o fato de que sua genitora trabalha fora e não tem condições de manter a filha aos cuidados de nenhum familiar ou terceiro.

Assegura que foi impedida de se matricular na creche CEIM – Austrílio Ferreira de Souza ou no CEM – Ivo Benedito Carneiro, pela justificativa de indisponibilidade de vagas para essa faixa etária.

Alega que, ao contrário do que fundamentou o Magistrado, a liquidez e certeza do seu direito estão devidamente demonstrados nos autos, eis que sofre com o abuso e ilegalidade da autoridade coatora, na medida em que é afrontado os comandos legais, frente ao seu irrefutável valor constitucional.

Explica ser dever do Município garantir seu pleno acesso à educação, por ser um direito fundamental, pois seria impossível aos pais, sem melhores condições financeiras, cuidar de seus filhos, se não lhes for disponibilizado pelo Estado um mínimo, que deve ser entendido como a possibilidade de saírem para trabalhar, porém, mantendo as crianças em creches mantidas pela Municipalidade.

Assegura que seu direito líquido e certo a frequentar creche municipal está previsto no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como no artigo 208, VI, § 2.º da Constituição Federal.

Ao final, requer o provimento do recurso, a fim de que seja concedida a segurança para que os apelados disponibilizem vaga na creche do CEIM – Austrílio Ferreira de Souza ou CEIM – Ivo Benedito Carneiro, ou ainda em outra creche da rede municipal pública – ou particular conveniada -, localizada o mais próximo possível da residência da menor, por prazo indeterminado, enquanto sua idade for compatível com a instituição educacional.

Os apelados, embora intimados para apresentarem contrarrazões, deixaram transcorrer o prazo *in albis*. (fls. 84 e-TJ/MS)

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Bianca de Souza Santos, representada por sua genitora, D. G. D. S., inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Dourados, nos autos da ação de Mandado de Segurança que impetra contra ato coator do Prefeito Municipal de Dourados - MS e Secretário Municipal de Educação de Dourados, MS, objetivando a reforma da sentença que denegou a segurança, extinguindo o feito sem resolução do mérito, com fulcro no § 5º, do artigo 6º, da Lei n. 12.016/2009 c/c artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A apelante afirma ter oito meses de idade e necessita ter acesso à educação, considerando o fato de que sua genitora trabalha fora e não tem condições de manter a filha aos cuidados de nenhum familiar ou terceiro.

Assegura que foi impedida de se matricular na creche CEIM – Austrílio Ferreira de Souza ou no CEM – Ivo Benedito Carneiro, pela justificativa de indisponibilidade de vagas para essa faixa etária.

Alega que, ao contrário do que fundamentou o Magistrado, a liquidez e certeza do seu direito estão devidamente demonstrados nos autos, eis que sofre com o abuso e ilegalidade da autoridade coatora, na medida em que é afrontado os comandos legais, frente ao seu irrefutável valor constitucional.

Explica ser dever do Município garantir seu pleno acesso à educação, por ser um direito fundamental, pois seria impossível aos pais, sem melhores condições financeiras, cuidar de seus filhos, se não lhes for disponibilizado pelo Estado um mínimo, que deve ser entendido como a possibilidade de saírem para trabalhar, porém, mantendo as crianças em creches mantidas pela Municipalidade.

Assegura que seu direito líquido e certo a frequentar creche municipal está previsto no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como no artigo 208, VI, § 2º da Constituição Federal.

Ao final, requer o provimento do recurso, a fim de que seja concedida a segurança para que os apelados disponibilizem vaga na creche do CEIM – Austrílio Ferreira de Souza ou CEIM – Ivo Benedito

Carneiro, ou ainda em outra creche da rede municipal pública – ou particular conveniada -, localizada o mais próximo possível da residência da menor, por prazo indeterminado, enquanto sua idade for compatível com a instituição educacional.

O recurso merece provimento.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 208, inciso IV e V, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

> *"Art. 208 [...]*
>
> *IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;*
>
> *V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; "*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em seu artigo 54, inciso IV e V, prescreve ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

> *"Art. 54 [...]*
>
> *IV – Atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade;*
>
> *V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; "*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 53 e 54, determina que a criança e o adolescente têm direito à educação.

O artigo 53 assegura igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Já, o artigo 54, ambos do ECA, impõe como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

É de se ressaltar, outrossim, que o art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90) assegura à criança e ao adolescente o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

O direito à educação é essencial ao desenvolvimento do menor, se afigurando um direito subjetivo da criança, competindo ao poder público garantir sua efetivação, mediante a adoção de políticas publicas capazes de atender a população menos favorecida, para assegurar a disponibilização das vagas necessárias para atender a população.

Estabelece o texto constitucional em seu art. 211, § 3º que a educação infantil é prioridade do Município. O mesmo fez a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n. 9.394/96, ao regulamentar os dispositivos constitucionais afetos à educação, estabelecendo em seu art. 11, V que o Município deve, antes de atuar nos demais níveis de ensino, satisfazer todas as necessidades de sua área de competência, reverberando o texto constitucional para destacar como áreas de atuação a pré-escola, creche e o ensino fundamental.

Aliás, neste sentido é o entendimento jurisprudencial desta Corte:

> *"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇA EM CRECHE MUNICIPAL – DIREITO E GARANTIA CONSTITUCIONAL – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – CONCESSÃO DO PEDIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

A determinação de fornecimento de vaga em estabelecimento de creche em sede de antecipação dos efeitos da tutela somente é possível quando os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil – prova inequívoca da verossimilhança da alegação da parte autora e "periculum in mora" – estiverem satisfeitos; no caso em análise, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação da parte autora está sedimentada na sua certidão de nascimento encartada aos autos, a qual representa a necessidade de uma vaga em creche, e o "periculum in mora" ressai da possibilidade de dano se a vaga não for oferecida pelo Município." (Agravo n. 2009.028443-8/0000-00 - São Gabriel do Oeste - Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson – Órgão Julgador: Terceira Turma Cível – D.J.: 01.03.2010.)

"E M E N T A – RECURSO OBRIGATÓRIO – PEDIDO DE VAGA EM CRECHE NEGADO – DIREITO À EDUCAÇÃO – DEVER DO MUNICÍPIO – ATO ILEGAL – AFRONTA AO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DIREITO LIQUIDO E CERTO A SER AMPARADO PELA VIA MANDAMENTAL – RECURSO OBRIGATÓRIO DESPROVIDO.

A Constituição Federal assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao Município pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96)." (Reexame de Sentença n. 2011.036933-1/0000-00 – Dourados - Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível – 2.2.2012).

"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – AFASTADA – VAGA EM CRECHE – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGALMENTE ATRIBUÍDA AO ESTADO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A imposição de obrigação de fazer, legalmente prevista, ao Estado não implica violação ao princípio da separação dos Poderes.

Compete ao Estado o "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade" (art. 208, IV, CF e 54, IV, do ECA). Caso não matriculado no início do ano letivo, há risco de dano irreparável ao menor. Verificados os requisitos exigidos pelo art. 273, do CPC, deverá ser concedida a antecipação de tutela." (Agravo n. 2012.011839-7/0000-00 - São Gabriel do Oeste - Relator - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel - Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível – D.J.: 28.06.2012).

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CRIAÇÃO DE VAGAS EM CRECHE DO SISTEMA PÚBLICO DE EDUCAÇÃO – ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ENTRE 0 A 5 ANOS DE IDADE – NECESSIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE NÚMERO DE VAGAS PROPORCIONAL – INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – OMISSÃO ADMINISTRATIVA – DIREITO FUNDAMENTAL – INEXISTÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS – AUSÊNCIA DE PROVA – SUSPENSÃO DA AÇÃO ATÉ FORMALIZAÇÃO DO TAC – EXCLUSÃO DA MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA AO PREFEITO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

> *A Constituição Federal (artigo 208, IV), o ECA (artigo 54, IV) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (artigo 4º, IV) garantem o atendimento em creche é pré-escola às crianças de até cinco anos de idade, sendo dever do ente municipal oferecer vagas em número proporcional e suficiente para atender a população local.*
>
> *Será lícito o controle judicial do ato administrativo quando restar caracterizada a omissão da Administração com relação a preceitos determinados pelo constituinte, mormente se tal omissão diz respeito a direito fundamental, como é o caso da educação.*
>
> *A alegação da municipalidade no sentido de faltar recursos orçamentários para disponibilizar maior quantidade de vagas nas creches e pré-escolas não é suficiente para eximi-la da obrigação, sendo necessário que comprove a efetiva ausência de recursos financeiros.*
>
> *A simples existência de negociações no intuito de firmar um Termo de Ajustamento de Conduta não gera reflexos nesta demanda a ponto de autorizar sua suspensão.*
>
> *Considerando que atendimento da determinação exige a adoção de providências administrativas e destinação de verbas orçamentárias, mostra-se pouco razoável a fixação de penalidade pecuniária, o que apenas serviria para onerar ainda mais os cofres públicos.*
>
> *Recurso conhecido e parcialmente provido."* (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2012.016286-4/0000-00 - Ribas do Rio Pardo - Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível – D.J. 10.7.2012).

Por oportuno, é o parecer do *Parquet*:

> *"Com isso em mente, tem-se como incontroverso o dever da Municipalidade de priorizar a educação infantil, bem como de manter programas de educação pré-escolar, assegurando atendimento em creche e pré-escola a crianças de zero a cinco anos de idade, visto que se trata de direito constitucional expressamente previsto, não sendo razoável a sua negativa sob a mera alegação de inexistência de vagas.*
>
> *[...].*
>
> *Desse modo, quando o Município não cumprir com o seu dever de disponibilizar vagas suficientes em creches e escolas de educação infantil para atender às crianças da comunidade, caracterizado estará a violação aos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria.*
>
> *Ora, o acesso ao ensino é direito público subjetivo, de aplicabilidade imediata, cuja não prestação espontânea impõe o seu cumprimento compulsório pela via judicial, sob pena de violação ao princípio da proteção integral da criança. "* (fls. 92/93 e-TJ/MS).

Destarte, nota-se que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4.º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede.

Pelo exposto, e com o parecer, dou provimento ao recurso, para conceder a segurança, a fim de que os impetrados disponibilizem à apelante/impetrante vaga na creche do CEIM – Austrílio Ferreira de Souza ou CEIM – Ivo Benedito Carneiro, ou ainda em outra creche da rede municipal pública, localizada o mais próximo possível da residência da menor, por prazo indeterminado, enquanto sua idade for compatível com a instituição educacional. Custas *ex legis*.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 04 de junho de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0813092-19.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS – PROPORÇÃO DE 50% PARA CADA PARTE – ART. 5 DA LEI N. 9.278/96 - BENS MÓVEIS ADQUIRIDOS APÓS O FIM DO RELACIONAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE PARTILHA - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

É carecedor de interesse de recorrer aquele cuja questão meritória devolvida lhe tenha sido favorável na composição do conflito pelo juiz de primeiro grau.

Nos termos do art. 5º da Lei n. 9.278/96: *"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."*

Demonstrado que a autora, separada e não residente na mesma casa de seu ex convivente, pagou com seu cartão de crédito os móveis comprados, após o desfazimento da união estável, em nome e para guarnecerem a casa do requerido, que teria ficado com a obrigação de lha repassar os valores correspondentes, dúvidas não há de que tais bens a ele pertencem e, por serem de sua propriedade exclusiva, não podem ser objeto de partilha.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte e, na parte conhecida, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de maio de 2013.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

M.M.F.A., inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara De Família da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Declaratória de Reconhecimento e Dissolução de União Estável que lhe move H.F.A., interpõe apelação cível nesta Corte, alegando que não há bens a serem partilhados com a apelada, eis que qualquer bem móvel que o apelante porventura tenha que devolver a apelada representará prejuízo, configurando enriquecimento ilícito da autora.

Afirma o apelante que iniciou o relacionamento amoroso com a apelada em agosto de 2004, sendo certo que iniciaram uma vida em comum a partir de fevereiro de 2005, quando passaram a residir na Europa e, após três anos no exterior, retornaram ao Brasil, sendo certo que referida união teve término em 2008.

Aduz que ficou demonstrado que a união estável se encerrou em 2008, sendo que a partir de então o apelante passou a residir de favor na casa de amigos, tendo posteriormente alugado uma casa para residir com seu pai.

Assevera que alugou um imóvel residencial para sua morada e de seu genitor, que é portador de necessidades especiais, tendo o requerido mobiliado sua casa com os móveis necessários, sendo certo que tais bens foram adquiridos com o cartão de crédito da apelada, ou seja, a autora emprestou seu cartão para que o apelante comprasse tais bens. Desse modo, não há falar em devolução dos mesmos à apelada.

Obtempera que caso não seja esse o entendimento (impossibilidade de devolução dos móveis à apelada) requer, no mínimo, seja ressarcido dos valores que depositou na conta bancária da apelada para quitação das parcelas do cartão de crédito, conforme documentos de f. 60.

Explana, quanto a partilha da motocicleta, que esta também estava em nome de terceiro (genitora da autora), sendo certo que a propriedade somente foi transferida ao apelante em 10 de março de 2011, muito tempo após o término de convivência. E mais, conforme documento de f. 21, a motocicleta foi adquirida em 19 de maio de 2009, ou seja, após o término do período de convivência.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a união estável no período de fevereiro de 2005 a 2008, bem como a inexistência de bens (móveis e veículos) a serem partilhados. Caso não seja esse o entendimento, requer seja a apelada condenada à devolução da quantia atualizada de R$ 902,12, referente ao valor que lhe foi repassado para quitação das parcelas de seu cartão de crédito.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator).

M.M.F.A., inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara De Família da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Declaratória de Reconhecimento e Dissolução de União Estável que lhe move H.F.A., interpõe apelação cível nesta Corte, alegando que não há bens a serem partilhados com a apelada, eis que qualquer bem móvel que o apelante porventura tenha de devolver à apelada representará enriquecimento ilícito da autora.

Afirma o apelante que iniciou o relacionamento amoroso com a apelada em agosto de 2004, sendo certo que iniciaram uma vida em comum a partir de fevereiro de 2005, quando passaram a residir na Europa e, após três anos no exterior, retornaram ao Brasil, sendo certo que referida união terminou em 2008.

A partir de então o apelante passou a residir de favor em casa de amigos, tendo posteriormente alugado uma casa para residir com seu pai.

Assevera que alugou um imóvel residencial para sua morada e seu genitor, que é portador de necessidades especiais, mobiliando-a com o necessário, sendo certo que tais bens foram adquiridos com o cartão de crédito pertencente à apelada, ou seja, a autora emprestou seu cartão para que o apelante comprasse tais bens. Desse modo, não há falar em devolução dos mesmos à apelada.

Obtempera que, caso não seja esse o entendimento (impossibilidade de devolução dos móveis à apelada) requer, no mínimo, seja ressarcido dos valores que depositou na conta bancária da apelada, para quitação das parcelas do cartão de crédito, conforme documentos de f. 60.

Explana, quanto à partilha da motocicleta, que esta também estava em nome de terceiro (genitora da autora), sendo certo que a propriedade somente foi transferida ao apelante em 10 de março de 2011, muito tempo após o término de convivência. E mais, conforme documento de f. 21, a motocicleta foi adquirida em 19 de maio de 2009, ou seja, após o término do período de convivência.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a união estável no período de fevereiro de 2005 a 2008, bem como a inexistência de bens (móveis e veículos) a serem partilhados. Caso não seja esse o entendimento, requer seja a apelada condenada à devolução da quantia atualizada de R$ 902,12, referente ao valor que lhe foi repassado para quitação das parcelas de seu cartão de crédito.

Inicialmente, por ausência de interesse recursal, deixo de conhecer do recurso na parte relativa ao período de reconhecimento da união estável (fevereiro de 2005 a 2008), eis que a questão meritória foi favorável ao apelante, nesta parte.

No mais, tenho que o recurso merece parcial provimento, senão vejamos.

O art. 1.723 do Código Civil/02 assim estabelece acerca da união estável:

> *"**Art. 1.723**. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."*

Acerca do tema são os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

> *"União estável. A união estável é a relação convivencial more uxorio, que possa ser convertida em casamento, ante a ausência dos impedimentos do art. 1.521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no art. 1.523 não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar, Consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família. Assim, solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou fato, e divorciados poderão constituir união estável, por força do § 1º do art. 1.723."* (Código Civil Anotado, 8ª edição, Editora Saraiva, p. 1.119/1.120).

No caso dos autos, é incontroverso o período em que as partes conviveram em união estável (fevereiro de 2005 a 2008), restringindo a irresignação do requerido somente com relação à partilha da motocicleta Y2F, 1000 cilindradas, ano 1999, além dos bens móveis que guarnecem a residência.

Quanto à partilha de bens, o art. 5º da Lei n. 9.278/96 dispõe que:

> *"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."*

E ainda, assim prescreve o art. 1.725 do CC/02:

> *"**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."*

Destarte, todos os bens adquiridos pelos conviventes, durante a união estável, devem ser partilhados.

No tocante à motocicleta, explana que estava em nome de terceiro (genitora da autora), sendo certo que a propriedade somente foi transferida ao apelante em 10 de março de 2011, muito tempo após o término de convivência. E mais, conforme documento de f. 21, a motocicleta foi adquirida em 19 de maio de 2009, ou seja, após o término do período de convivência.

Não lhe assiste razão.

Isso porque, compulsando os autos, vê-se que as testemunhas foram uníssonas em afirmar que o veículo foi adquirido na constância do relacionamento, mais precisamente quando ambos os conviventes estavam na Europa, *verbis*:

> *"[...] que conviveu com o requerido de 2004 a 2008, que quando voltaram da Europa estavam juntos ainda, até o começo de 2008; que eles juntaram dinheiro enquanto estavam fora, mandavam dinheiro para suas mães, compraram uma moto no tempo que estava lá;*
>
> *[...]*
>
> *que a moto no nome da sogra é da depoente e de seu marido; que na época seu marido não tinha renda para comprar a moto e comprou no nome da sogra " (f. 89).*
>
> *"que quando estavam no exterior juntaram dinheiro e mandaram e a mãe da autora comprou uma moto;" (f. 90).*
>
> *"que adquiriram uma moto quando voltaram do exterior..." (f. 92).*

Conforme se depreende dos depoimentos das testemunhas, tanto da autora como do requerido, todas são categóricas em afirmar que o casal, na constância da união, adquiriu a moto, não obstante o bem ter sido posto em nome da genitora da autora.

Mas isso não é só. O próprio apelante reconhece que a motocicleta foi adquirida quando as partes moravam no exterior e com dinheiro amealhado (f. 43).

Assim, nos termos do art. 5º, da Lei n. 9.278/96, bem como do art. 1.725 do CC/02, deve o aludido bem ser partilhado na proporção de 50% para cada um, conforme fundamentou o magistrado, *verbis*:

> *"Em relação à motocicleta descrita no documento de f. 58, considerando que foi adquirida durante a constância da união quando as partes estavam morando na Inglaterra, deverá ser partilhada na proporção de 50% para cada."* (f. 129/130).

No mesmo sentido é a Súmula 380 do STF:

> *"Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."*

Na mesma esteira é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> *"APELAÇÃO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS.*
>
> *1. Comprovada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. [...]".* (TJRS - Apelação Cível: AC 70042114157, Relator(a): Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, j., 28/03/2012).

> *"APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA.*
>
> *[...]*
>
> *Os bens adquiridos na convivência da união estável deve ser partilhados igualitariamente, pouco importando qual a colaboração prestada individualmente pelos conviventes, uma vez que a união estável é regida pelo regime da comunhão parcial de bens.*
>
> *RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."* (TJRS - Apelação Cível: AC 70044961589, Relator(a): Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, j., 28/03/2012).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BENS.*
>
> *O patrimônio adquirido no período em que reconhecida a união estável deve ser dividido proporcionalmente (artigo 5º da Lei n. 9.278/96 e artigo 1.725 e 1.659, ambos do Código Civil), conforme as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens.*
>
> *Apelação Cível parcialmente provida, de plano"* (TJRS - APC n. 70042744334, DES JORGE LUIS DALL'AGNOL, 7. CÂMARA CÍVEL, j., 20/01/2012).

Logo, não há falar em reforma da sentença nesta parte.

Quanto aos móveis que guarnecem a residência do requerido/apelante, este alega que alugou um imóvel residencial para sua morada e de seu genitor, que é portador de necessidades especiais, tendo o requerido mobiliado sua casa com os móveis necessários, sendo certo que tais bens foram adquiridos com o cartão de crédito da apelada, ou seja, a autora emprestou seu cartão para que o apelante comprasse tais bens, razão pela qual, não há falar em devolução dos mesmos à apelada.

Tenho que neste ponto merece sustento as afirmações do requerido.

Ficou demonstrado nos autos, que após o retorno dos conviventes para o Brasil, em 2008, os mesmos residiram por um curto período de tempo na casa da genitora da autora, ocasião em que, logo após, as partes se separaram, e, por consequência, o apelante foi morar com um amigo e, posteriormente, alugou uma casa para sua moradia e de seu pai (f. 47 e seguintes).

Compulsando os documentos que instruíram a inicial (f. 23/29), denota-se que existem várias notas fiscais de móveis em nome da autora e apenas uma em nome do apelante (f. 29), todas datadas do ano de 2010, período este, posterior ao fim do relacionamento.

Sobre o pagamento dessas mercadorias, o próprio requerido reconhece que tais bens foram comprados com o cartão de crédito da autora, pagando o recorrente sempre em dia todas as faturas do citado cartão (f. 43).

E ainda, as testemunhas afirmaram que a aquisição dos bens se deu através do cartão de crédito da autora, após o fim do relacionamento entre as partes, tanto é verdade que as notas fiscais são datadas do ano de 2010, enquanto que o relacionamento encerrou-se em 2008.

E mais, aludidos móveis estão na posse do requerido, isto é, em sua residência, local este que sequer a autora chegou a morar.

Eis os depoimentos das testemunhas:

> *"[...] que a autora tem muitas dividas no nome dela por causa das compras que fez para Myke, que acha que o requerido não ajuda a autora a pagar as dívidas.*
>
> *As perguntas do patrono da autora: que o requerido usava o cartão de crédito adicional da autora; que no dia seguinte da briga o requerido fez compras de uns R$ 500,00 no cartão da autora.*
>
> *[...] que os móveis foram adquiridos logo depois de locar o imóvel, mas que não se recorda quando, acha que foi final de 2010 ou inicio de 2011; que a autora comprou tudo com esperança de que ia morar com ele no imóvel e acabou indo o pai e ela não; que os móveis foram entregues no guanandi onde é a casa dele; que foi pegar as coisas pessoais da autora na casa do requerido em setembro ou outubro de 2011; que a autora não chegou a morar no imóvel no guanandi."* (f. 89).
>
> *"que depois que o requerido locou o imóvel; ele trouxe o pai para morar junto com ele; que o imóvel fica perto do Rosa Pedrossian no Guanandi; que a Helen não chegou a morar no imóvel mas dormia lá de vez em quando; que os móveis que comprou foram para o imóvel do requerido; que os móveis foram comprados no nome da Helen; que todos os móveis estão em posse do requerido;"* (f. 90).

Como se vê, apesar dos móveis terem sido comprados em nome da apelada, o foram para o requerido, tanto que guarnecem a sua casa e estão sob sua posse, ou seja, estão em sua residência na qual a autora nunca morou.

Conclui-se, portanto que, suficientemente demonstrado que a autora pagou com seu cartão de crédito os móveis comprados em nome e para guarnecerem a casa do requerido, que teria ficado com a obrigação de lha repassar os valores correspondentes, dúvidas não há de que tais bens a ele pertencem.

Acresça-se que, se o apelante não cumpriu com sua obrigação de reembolsá-la, tal questão deve ser dirimida em ação própria, sendo a presente inadequada a tal pretensão.

Por essa razão, estando o requerido na posse dos bens discriminados nas notas fiscais que acompanharam a exordial, conclui-se que os aludidos móveis a ele pertencem, uma vez que a propriedade da coisa móvel se presume em favor de quem detém a sua posse decorrente da tradição, nos termos do art. 1.267 do CC/02, que assim prescreve:

> *"**Art. 1.267**. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição."*

Na mesma senda:

> *"EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA EM VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGAÇÃO COMPRA ANTERIOR. PROVA INSUFICIENTE.*
>
> *1. É do conhecimento de todos os operadores do direito que a propriedade de coisa móvel se transfere pela tradição, independente de registro, consoante preceituou o artigo 1267 do Código Civil. 1267 Código Civil. [...]"* (TJPR - 6689603 PR 0668960-3, Relator: Rosene Arão de Cristo Pereira, Data de Julgamento: 28/09/2010, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 493).

Por essa razão, os bens constantes nas notas fiscais de f. 23/29 não devem ser objeto de partilha, eis que adquiridos após o fim da união estável, bem como que pertecentes unicamente ao apelante.

Pelo exposto, conheço em parte do recurso, e dou-lhe parcial provimento para, reformando a sentença, excluir da partilha os bens descritos na notas fiscais de f. 23/29, mantendo a sentença em seus demais fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 07 de maio de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0003017-43.2006.8.12.0028/50000 - Bonito
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A - AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. MUNICÍPIO DE BONITO. GUARDAS MUNICIPAIS. EXCESSOS PRATICADOS. FREQUENTADOR DE BALNEÁRIO ALGEMADO. PROVA DO DANO MORAL. *QUANTUM* MANTIDO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a decisão impugnada se o recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria, sem trazer fato novo capaz de promover a modificação do *decisum*.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de junho de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo regimental interposto por Município de Bonito – MS contra decisão monocrática (f. 238-242) que negou seguimento ao recurso de apelação interposto em face de Idem Rodrigues Salazar.

O município ora agravante aduz, em síntese, que:

Permissa máxima venia, em que pesem os argumentos, Vossa Excelência, I. Relator, não votou com o acerto costumeiro, incorrendo em equívoco, pois não valorou corretamente as provas carreadas aos autos, bem como não se atentou para a periculosidade do Agravado, tão pouco pelo local onde os fatos ocorreram, cingindo-se apenas em basear-se na sentença combatida no recurso de apelação. (f. 7)

Frisa-se que todos os funcionários do balneário municipal são treinados para proibir qualquer atitude que possa causar algum prejuízo ambiental, bem como tem o dever de zelar pela segurança, conforto e bem estar de todos os freqüentadores. (f. 7)

Todavia, os guardas municipais foram forçados a fazer o uso de algemas, visto que o Agravado não aceitava guardar suas bebidas, bem como não aceitou ser retirado do local amigavelmente, sendo que, diante do tumulto causado, bem como pela agressividade que o mesmo apresentava no momento dos fatos, a utilização de algemas se mostrou proporcional, até mesmo para evitar eventual agressão que poderiam sofrer os guardas municipais. (f. 11)

Diante de tudo o que consta nos autos, em especial pelas atitudes do próprio Agravado, não se justifica a procedência da demanda, muito menos a condenação deste Agravante em arcar com uma indenização a título de danos morais de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), o que mostra extrema desproporcionalidade entre as atitudes do Agravado e a situação que o mesmo forçou a acontecer, sendo que, em caso de manutenção da decisão de procedência da ação, tal valor deve ser revisto e reduzido drasticamente. (f. 11)

Ao final, requer "[...] que esse eminente Desembargador Relator reconsidere sua r. decisão, julgando procedente a Apelação interposta e caso Vossa Excelência não exerça o juízo de retratação, o que não se espera, requer seja conhecido e provido o presente recurso, apresentando-o em mesa, para, por fim, dar seguimento ao recurso de Apelação e, ao final, reformar in totum a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, por ser medida da mais hialina JUSTIÇA!" (f. 13).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator).

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Município de Bonito – MS contra decisão monocrática (f. 238-242) que negou seguimento ao recurso de apelação interposto em face de Idem Rodrigues Salazar.

A decisão agravada tem a seguinte dicção (f. 238-242):

Verifico, de plano, que, com relação à matéria trazida no recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos da mesma que servem para embasar a presente decisão:

> *[...]*
>
> *Na instrução processual levada a cabo, as testemunhas arroladas pelo requerente afirmaram que este foi autorizado a entrar no Balneário portando a Bolsa Térmica mencionada (f. 140/144), sendo ainda unânimes em afirmar que o requerente discutiu com um banhista que estava no local que iniciou o tumulto entre as partes por questionar o fato daquele ter levado bebidas no local, violando a regra do Balneário, sendo que, após tal situação, o requerente foi abordado pelos Guardas Municipais na frente de sua família e algemado, vejamos:*
>
> *"[...] Que um rapaz frequentador do local discutiu com o autor por este fato e jogou cerveja no rosto do autor; que de tanto as pessoas "atiçarem" dois funcionários do local vieram e prenderam o autor algemando-o na frente de familiares deste; que a depoente foi para o local no mesmo veículo que o autor e presenciou a autorização dada na portaria; [...] que a filha do autor que na época contava com aproximadamente sete anos presenciou a prisão do pai; que foi o autor que na portaria esclareceu que estava com uma bolsa térmica e pediu autorização para entrada desta. " (Depoimento ANTONIA DOS SANTOS TEIXEIRA (f. 140).*
>
> *Contudo, deve-se mencionar que, a conduta do requerente, após ser abordado e advertido mais de uma vez pelos Guardas Municipais para guardar a bolsa térmica em seu carro, conforme mencionado na própria inicial (f. 3), além de desrespeitar as ordens dos agentes responsáveis por zelar pela segurança do local, tentou utilizar de possível influência para intimidar a conduta dos agentes públicos, mencionando ser amigo pessoal do Prefeito Municipal de Bonito, e que levaria tal fato a seu conhecimento imediatamente.*

Todavia, o que se questiona aqui foi se houve excesso na conduta efetuada pelos guardas municipais ao abordarem o requerente dentro do Balneário, levando-se a entender pelos próprios depoimentos dos agentes públicos (f. 162/164) que o que motivou os guardas municipais a abordarem o requerente, nem mesmo foi o fato do conteúdo portado pelo mesmo, mas sim, o clamor das pessoas que estavam no local.

Um dos Guardas Municipais que abordou o Requerente no Balneário, conduzindo-o até o posto da guarda no local e em seguida conduzido pela Polícia Militar até a Delegacia da Polícia para providências, conforme constou na própria contestação (f. 90), disse em juízo não ter certeza sobre o conteúdo que o requerente carregava na bolsa térmica, sendo este um dos motivos principais que levou os guardas municipais a exercerem determinada conduta, vejamos:

"JUIZ: Ele estava, então, com uma caixa térmica e as bebidas

algumas eram envasadas (F), acondicionadas em vidro, não em lata?

DEPOENTE: Esse detalhe se era em vidro ou em lata não me

recordo bem..."

(Depoimento RAIMUNDO ARAÚJO NETO (f. 162).

Tais agentes não poderiam somente conduzir o requerente até a saída do Balneário, bem como, o outro banhista que gerou tumulto no local? Assim, a condução do requerente até a Delegacia de Polícia teria sido mesmo necessária? O outro rapaz que também causou tumulto no local, teve o mesmo tratamento? Destaca-se aqui a ocorrência efetuada pelos próprios guardas municipais mencionando que houve ameaças das duas partes. (f. 89).

Destarte, nota-se que houve um certo excesso na conduta utilizada pelos guardas municipais, os quais deveria ter usado de cautela em relação ao tratamento utilizado ao requerente, haja vista que, pelo que ficou demonstrado nos autos, houve alteração de ânimo de todas as partes envolvidas. No entanto, o fato do requerente ter sido algemado, fato este presenciado não só pelos seus familiares, bem como pelas pessoas que estavam no local, fere totalmente dispositivo legal, o que deveria ser de total conhecimento de determinados agentes públicos que estavam atuando justamente na segurança do local.

[...]

Portanto, a conduta dos guardas municipais configurou despreparo dos agentes públicos, além de evidente constrangimento ilegal, tratando-se de conduta intolerável e abusiva praticada pelos guardas municipais, que agiram ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conduta essa que deve ser responsabilizada de modo a evitar e desestimular outras condutas semelhantes.

Nessa senda, em se tratando de responsabilidade civil impõe-se perquirir a ocorrência dos requisitos que a ensejam e, por conseguinte, geram o dever de indenizar. Assim, para se reconhecer o cabimento da indenização fixada mostra-se necessária a constatação de conduta antijurídica que gere dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A pretensão do requerente em ver-se indenizado pelos danos morais sofridos em decorrência da abordagem dos Guardas Municipais, ocorrida no dia 12 de novembro de 2006, enquanto frequentava o Balneário Municipal, funda-se no instituto da responsabilidade civil, cuja regra é a responsabilidade objetiva que encontra amparo na legal na própria Constituição Federal.

Observando ainda, estar o Poder Público obrigado a reparar o dano por ele causado a outrem por meio de uma ação lícita ou ilícita de seus agentes, devendo ser o dano causado por agentes públicos atuando em nome da administração pública. (Teoria do Risco Administrativo).

Assim, levando-se em consideração todos esses fatos, bem como a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, já que a indenização não pode constituir em enriquecimento indevido e deve se servir como desestímulo à repetições de situações como essa, entendo que a importância de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), equivalente a 12 (doze) vezes o salário mínimo da época, corrigido pelo IGPM e acrescido de juros legais de 1% ao mês, a partir do evento danoso, atende satisfatoriamente, aos interesses do requerente, compensando-lhe constrangimento e representando sanção ao requerido.

Ante ao exposto e por tudo que dos autos consta, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na presente "Ação Ordinária" que IDEM RODRIGUES SALAZAR promove em desfavor do MUNICÍPIO DE BONITO, para o fim de condenar o requerido ao pagamento ao requerente, a título de danos não-patrimoniais, o valor de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), equivalente a 12 (doze) vezes o salário mínimo da época, corrigido pelo IGPM e acrescido de juros legais de 1% ao mês, a partir do evento danoso.

Pelo princípio da sucumbência, condeno o requerido ao pagamento de honorários advocatícios ao requerente no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em como a reembolsar as custas e despesas processuais adiantadas pelo requerente.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a reforma da conclusão a que chegou o magistrado de piso, que bem avaliou o delineamento do conjunto probatório dos autos.

Reconhecida a existência do dano, cabe verificar se o montante compensatório fixado em primeiro grau ocorreu na proporcionalidade correta.

Veja-se, sobre o tema, a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.[1]

Ora, inexistindo outra forma de determinar o quantum compensatório que não o arbitramento, os critérios do julgador devem ser balizados pela prudência e equidade na atribuição do valor indenizatório, devendo o magistrado levar em conta a moderação, condições da parte ré em suportar o encargo e a não aceitação do dano como fonte de enriquecimento da parte beneficiada.

Destarte, atento às circunstâncias de fato e de direito contidas no processo, observando os critérios antes mencionados e o princípio da proporcionalidade, entendo que a quantia de R$ 4.200,00 atribuída em favor da parte autora, ora apelada, encontra-se adequada ao caso em questão, sem traduzir ganho injustificado, tampouco

1 HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "Dano Moral, Editora Juarez de Oliveira", 2ª edição, 1999, pág. 43.

penalidade excessiva, mas sendo bastante para delinear o necessário caráter pedagógico da condenação, valor este que, inclusive, deve ser corrigido monetariamente conforme determinado pela sentença ora combatida.

Ante o exposto, forte no caput, do art. 557 do CPC, nego seguimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Município de Bonito, para manter incólume a sentença hostilizada.

Reexaminei os autos em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao solucionar a apelação através de decisão monocrática, isto porque evidente o intuito do ora agravante de tão somente rediscutir a matéria já decidida.

Sobre o tema, eis o entendimento consolidado desta Câmara Cível:

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE, QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se decisão prolatada em recurso de apelação cível, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada[2].

Com efeito, não tendo o agravante trazido argumentos capazes de alterar a decisão atacada, mantém-se a mesma por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do presente 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. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 04 de junho de 2013.

***

2 Agravo Regimental em Apelação Cível - Execução - N. 2011.028222-8/0001-00, Relator Des. João Maria Lós, 1ª Câmara Cível, DJ: 5.6.2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0005127-38.2008.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÓCIO-GERENTE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 135, INCISO III, DO CTN. PENHORA. BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO DEVEDOR. ELETRODOMÉSTICOS EM DUPLICIDADE. POSSIBILIDADE DE PENHORA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Em se tratando de sociedade irregularmente extinta, a responsabilidade tributária transfere-se para o sócio-gerente, com o consequente redirecionamento da execução, cabendo-lhe provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

Os bens que guarnecem a residência são impenhoráveis, a teor da disposição da Lei N. 8.009/90, excetuando-se aqueles encontrados em duplicidade, por não se tratarem de utensílios necessários à manutenção básica da unidade familiar.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de março de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Waldemar Firmino de Campos contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido nos autos dos embargos à execução opostos por em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

O apelante alega, em síntese, que:

> *"Apesar de os embargos versarem sobre matéria de direito e de fato e de ter o embargante na inicial de fls. 02/08, requerido a produção de provas e inclusive apresentado rol de testemunhas, obedecendo ao que dispõe o art. 16, § 2º da Lei n. 6.830, após receber a impugnação aos embargos de fls. 40/50, proferiu-se a sentença sem designação de audiência de instrução (f. 62).*
>
> *Com efeito, a prova da prática dos atos previstos no art. 135,III, de alguma forma ficou comprovada nos autos, tanto assim que a r. sentença em nenhum momento a ela se refere (f. 62).*

[...] se toda vez que não se encontrar bens da sociedade, foi possível a penhora de bens dos sócios, pode-ser afirmar que o disposto no art. 135, III, não possui eficácia (f. 63).

[...] o imóvel dado em garantia foi muito antes da constituição do crédito tributário objeto dessa execução e que tal fato ao invés de pesar contra a tese do recorrente, como foi entendido na sentença, na verdade deve é favorecê-lo, pois demonstra que para conseguir crédito para a empresa, devedora, fazia uso ates mesmo de seus bens pessoais (f. 63).

O fato é que o recorrente juntou várias certidões de matrícula de imóveis que eram de sua propriedade e que foram vendidos no intuito de dar continuidade as atividades da empresa (f. 64).

Como foi dito na inicial dos embargos, o que houve foi paralisação das atividade, por problemas financeiros e não dissolução da sociedade [...] (f. 64).

Tem-se assim Egrégios Julgadores, que nos autos há provas suficientes para se inferir que não houve gestão fraudulenta por parte do recorrente ou infração a lei e que além das provas constantes nos autos pretendia produzir outras no decorrer da regular instrução do feito o que não foi possível, pelo fato de já alegado preliminarmente (f. 67).

Na r. sentença foi mantida a penhorabilidade de bens que guarnecem a caso do recorrente, como televisor, bebedouro de água, antena parabólica, aparelho de DVD, microondas, etc, sob argumento em síntese de que tais bens "não se enquadra na categoria de bens essenciais à vida familiar e ao conforto da família" (f. 67).

Com a devida vênia, entendemos que tal entendimento viola literalmente o art. 1º c/c art. 2º da Lei 8.009/90, pois tais bens de forma alguma podem ser considerados como obras de arte ou objetos suntuosos e são exclusivamente estes os de exceção prevista na Lei (f. 67)".

Ao final, requer *"que esse E. Tribunal haja por bem de conhecer e prover o presente recurso, para, reformar r. decisão recorrida nos pontos questionados e/ou anulá-la para que outra seja proferida, conforme exposto na preliminar"* (f. 68).

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso (f. 78-90).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Waldemar Firmino de Campos contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido nos autos dos embargos à execução opostos por em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

O recurso não merece provimento.

O recorrente alega, em síntese, que (i) é parte ilegítima para responder pela execução fiscal promovida contra a pessoa jurídica Buriti Móveis Eletrodomésticos Ltda., da qual é sócio, porquanto não configurada a hipótese do artigo 135, III, do CTN; e (ii) os bens de sua propriedade são impenhoráveis.

No caso, não obstante o art. 134 do Código Tributário Nacional faça expressa referência à responsabilidade solidária dos sócios quando caracterizado o descumprimento da obrigação tributária pela pessoa jurídica, esta responsabilidade é, na verdade, subsidiária.

É o que se infere da interpretação do referido preceito cumulado com o inciso III do art. 135 do mesmo diploma legal, que prevê expressamente que *"são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado"*.

Na hipótese sob análise, além de o oficial de justiça ter certificado que não localizou bens em nome da pessoa jurídica executada, a empresa epigrafada não se encontra instalada no local apontado no registro na Junta Comercial.

Ora, consoante jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a mudança de endereço da empresa sem informação de novo local, leva à presunção de sua dissolução irregular e, por consequência, à possibilidade de redirecionar a execução para os sócios-administradores.

A propósito, veja-se o seguinte julgado:

> *"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - OFENSA AO ART. 535, II DO CPC - INOCORRÊNCIA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - SÓCIO-GERENTE - REDIRECIONAMENTO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 135, INCISO III, DO CTN. 1. Não viola o art. 535, II do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, embora rejeitando os embargos de declaração, examina motivadamente todas as questões pertinentes. 2.* ***É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei, de modo a ensejar a redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios. 3. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 4. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, impõe-se a responsabilidade tributária do sócio-gerente, autorizando-se o redirecionamento, cabendo ao sócio-gerente provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.5. A empresa que deixa de funcionar no endereço indicado no contrato social arquivado na junta comercial, desaparecendo sem deixar nova direção, é presumivelmente considerada como desativada ou irregularmente extinta****. 6. Imposição da responsabilidade solidária. 7. Recurso especial parcialmente provido*[1]*."* (Destaquei).

Destarte, como se vê, o ora apelante é sim parte legítima para figurar no polo passivo da ação de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública Estadual.

Por outro lado, alega o recorrente que os bens penhorados no executivo fiscal são impenhoráveis nos termos do 1º da Lei n. 8.009/90[2].

Mais uma vez, entretanto, razão não assiste ao recorrente, isto porque consta à f. 95-96 dos autos da ação de execução que foram penhorados (I) um televisor de 29 polegadas; (II) um aparelho de DVD; (III) um forno microondas de 28 litros; (IV) uma antena parabólica e receptor; e (V) um bebedouro de água.

Ora, consoante jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, os bens móveis encontrados em duplicidade na residência do devedor executado são sim passíveis de penhora.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

1 REsp. 1017732/RS; Relator(a) Ministra ELIANA CALMON; DJe 07/04/2008.

2 Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. MÓVEIS QUE GUARNECEM A CASA EM DUPLICIDADE. BEM DE FAMÍLIA NÃO CONFIGURADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *I - A aferição da essencialidade do bem, para que seja considerado impenhorável, exigiria o reexame do conjunto fático exposto nos autos, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 07/STJ.*
>
> *II - **Os bens encontrados em duplicidade na residência são penhoráveis de acordo com a jurisprudência do STJ.***
>
> *Agravo Regimental improvido*[3]. (Destaquei).
>
> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BENS*
>
> *QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DOS DEVEDORES. DUPLICIDADE. POSSIBILIDADE. 1. **Os bens que guarnecem a residência são impenhoráveis, a teor da disposição da Lei 8.009/90, excetuando-se aqueles encontrados em duplicidade, por não se tratarem de utensílios necessários à manutençãobásica da unidade familiar.** 2. Recurso especial a que se dá provimento*[4]. (Destaquei).
>
> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. VÍDEO CASSETE. TELEVISÕES. APARELHO DE SOM. TECLADO. LAVADORA. BENS DE FAMÍLIA. PENHORA. DESCABIMENTO. LEI N. 8.009/90.*
>
> *I. Em face de sua essencialidade para a vida familiar, os bens tidos como integrantes da residência são insuscetíveis de penhora.*
>
> *Precedentes do STJ.*
>
> *II. **Excepciona-se o segundo aparelho de televisão existente na residência da executada, por refugir à essencialidade do lar.***
>
> *III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido*[5]. (Destaquei).

No caso dos autos, todos os bens penhorados encontram-se em duplicidade ou possuem substitutos, pois, conforme afirmou o próprio apelado em contrarrazões:

> *"[...] da certidão de f. 78 dos autos em apenso que o executado/embargante/apelante possui outro televisor (de 18 polegadas), um aparelho de videocassete (que serve para o substituto DVD), um fogão de quatro bocas (que serve de substituto para o microondas), uma geladeira duplex (que serve de substituto para o bebedouro refrigerado) e tem inegável acesso a TV aberta, que torna a antena parabólica e seu receptor qualificados como bem suntuoso, totalmente dispensável para a manutenção de uma vida digna" (f. 87).*

Assim, ao contrário do que afirma o recorrente, é perfeitamente possível realizar-se a penhora sobre os bens móveis epigrafados.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta a sentença.

3 AgRg no Ag 821.452/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 12/12/2008

4 REsp 533.388/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 29/11/2004

5 REsp 284.445/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2000, DJ 19/02/2001, p. 183

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 26 de março de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4004372-60.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE PROVENTO DE APOSENTADORIA. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. REDISCUÇÃO DE MATÉRIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a decisão impugnada, se o recorrente pretende apenas a rediscussão da matéria, sem trazer fato novo, capaz de promover a modificação do *decisum.*

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo regimental interposto pela Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos Federais em MS contra decisão monocrática (f. 149-152) que negou seguimento ao agravo de instrumento manejado nos autos da ação de execução promovida em desfavor de Marcio Justiniano Marcos.

A cooperativa agravante alega, em síntese, que:

> *"[...] é importante asseverar que o relator agiu equivocadamente quando negou seguimento ao recurso em apreço, em relação a negativa de seguimento do Recurso, tem-se que tal entendimento não merece ser mantido, notadamente porque há posicionamento diverso neste próprio Tribunal de Justiça e em outros da Federação acerca do tema em debate, pressupondo, deste feita, que a tese defendida é plenamente cabível e tem amparo na Jurisprudência vigente. (f. 3)*
>
> *[...] é necessário abordar alguns aspectos relevantes da impenhorabilidade da aposentadoria prevista no art. 649, inciso IV do CPC, tendo em vista que o entendimento doutrinário e jurisprudencial já sedimentou no sentido de flexibilizar e mitigar a aplicação do instituto em apreço, justamente a considerar o princípio proporcionalidade e da efetividade do processo para ao final entregar a prestação jurisdicional almeja. (f. 5)*
>
> *O que se busca é o equilíbrio entre a manutenção das despesas essenciais à sobrevivência da verba de aposentadoria, resguarda-se o princípio da proteção salarial e, ao determinar a penhora sobre 20%, assegura o adimplemento da obrigação. (f. 6)*

[...] requer seja deferida a penhora de 20% da verba referente a aposentadoria, sobre o valor líquido recebido, pois comente assim se consegue chegar ao justo, mantendo-se a sobrevivência do devedor e também liquidando o crédito da agravante. (f. 9)

Ao final, pugna pelo juízo de retratação "para o fim de acolher a penhorabilidade parcial de aposentadoria. Acaso perdure o entendimento, algo que não se espera, que remeta o presente a Turma para julgamento do mérito oposto pela agravante". (f. 10)

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator).

Trata-se de agravo regimental interposto pela Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos Federais em MS contra decisão monocrática (f. 149-152) que negou seguimento ao agravo de instrumento manejado nos autos da ação de execução promovida em desfavor de Marcio Justiniano Marcos.

A decisão agravada tem a seguinte dicção (149-152):

"[...]

Nego seguimento ao presente recurso.

[...]

A agravante, como relatado, insurge-se contra a decisão que indeferiu a penhora de 20% da aposentadoria do agravado, argumentando que o artigo 649, IV, do CPC, não pode ser interpretado de forma restritiva, sob pena de prejudicar os credores.

Ora, ao revés do alegado pela cooperativa agravante, o art. 649 do CPC é taxativo quanto ao impedimento de penhora de proventos de aposentadoria. Confira-se:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...] IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios [...]. (Grifei).

Como se vê, a expressão "absolutamente" não deixa margem interpretativa, mormente porque é princípio geral de direito que "as exceções são de interpretação estrita", ou seja, se o dispositivo legal está impedindo a penhora de proventos de aposentadoria, não há como fazer uma interpretação além daquela prevista expressamente na lei processual.

Portanto, a interpretação ampliativa nesta hipótese é vedada pelo sistema jurídico.

Desta feita, a penhora sobre bem absolutamente impenhorável além de afrontar o princípio de que as exceções devem ter interpretação estrita, também viola o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, caput, do CPC, nego seguimento ao presente recurso, mantendo intacta a decisão hostilizada."

A decisão combatida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

As razões deduzidas no presente regimental não são suficientes para modificar o entendimento adotado, impondo-se, por conseguinte, a manutenção da decisão atacada, especialmente porque, como afirmado, o artigo 649, IV, do CPC, é taxativo ao impedir a penhora de proventos de aposentadoria, e a expressão "absolutamente" contida na referida norma não deixa margem interpretativa, razão pela qual não há falar em penhora de verbas de natureza alimentar.

Outrossim, possibilitar a penhora de bem absolutamente impenhorável é afrontar o princípio de que as exceções devem ter interpretação estrita, além de violar, de igual forma, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, não tendo a cooperativa agravante trazido argumentos capazes de alterar a decisão monocrática atacada, mantém-se a mesma por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a decisão agravada.

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. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 28 de maio de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0035836-75.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEÍCULO ADQUIRIDO DE TERCEIRO COM VÍCIO OCULTO – ADULTERAÇÃO DO CHASSI E PEÇAS OBJETO DE FURTO – AUTOR INVESTIGADO POR RECEPTAÇÃO – DANO CONFIGURADO – AUSENTE NEXO CAUSAL – SEGURADORA QUE COLOCOU VEÍCULO NO MERCADO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE – VEÍCULO SINISTRADO, PORÉM RECUPERÁVEL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Embora tenha sido constatado por perícia a existência de adulteração do chassi e ante ao indício de existência de peças furtadas, tendo o autor sido investigado por receptação, tal fato não pode ser imputado à seguradora que colocou o veículo no mercado após sinistro, haja vista que não foi quem vendeu o bem ao autor, sendo longa a cadeia sucessória de aquisição. 2. Em que pesem as normas do Contran e Detran acerca das providências a serem tomadas pela seguradora no caso de veículo irrecuperável - objeto de sinistro com laudo de "perda total", a hipótese dos autos não contém tal fato, haja vista a ausência de "perda total", sendo o veículo recuperável, conforme prova documental. 3. Estando ausente o nexo causal entre a conduta da seguradora e os danos experimentados pelo autor, não há como ser reconhecido o dever de indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de abril de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Generino Costa da Silva interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move contra Marítima Seguros S/A, na qual foi julgado improcedente o pedido. Sustenta, em síntese, que adquiriu veículo contendo vício oculto concernente à adulteração de chassi e indícios de peças furtadas, sendo taxado de estelionatário, além de responder por processo de receptação. Destaca ainda que ficou sem o veículo, tendo que arcar com o pagamento das parcelas do financiamento, sendo que ao deixar de quita-las foi taxado de "mau pagador", além de ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. Afirma não ter conseguido realizar o seguro do veículo, tendo em vista a recusa por duas seguradoras, fatos esses que lhe geraram transtornos de ordem moral. Aduz que a lesão foi causada pela seguradora apelada, que além de colocar no mercado veículo com chassi adulterado, tal bem é objeto de sinistro, classificado como "perda total", o qual não poderia sequer ter sido

colocado no mercado. Ressalta ter sido o último da cadeia sucessória de aquisição do veículo, posto que inicialmente foi vendido a Elaine Cristina Carula em 01/06/2002, a qual o vendeu a Paulo Roberto Fransue em 28/01/2004, que lhe transferiu a propriedade do bem. Assim, pleiteia o provimento do recurso para a reforma da sentença e procedência do pedido de indenização por dano moral.

Contrarrazões pelo improvimento (f. 379-383).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Generino Costa da Silva em face da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move contra Marítima Seguros S/A, objetivando sua reforma para obtenção de indenização por dano moral.

Em que pesem os argumentos recursais, entendo que a sentença merece prosperar.

Pretende o apelante obter indenização por danos morais por imputar à seguradora apelada a culpa pela colocação no mercado de veículo sinistrado classificado como "perda total" e com chassi adulterado, além dos indícios de possuir peças furtadas.

Inicialmente, importante fazer distinção quanto à causa de pedir. Pretende o apelante se ver ressarcido pelos danos morais que alega ter experimentado em razão da aquisição de veículo viciado (chassi adulterado e peças furtadas), responsabilidade que imputa à seguradora apelada em razão do bem ter sido objeto de sinistro classificado como " perda total".

Com efeito, no presente caso importa separar a imputação de responsabilidade à seguradora por ter colocado no mercado veículo viciado, devido à adulteração no chassi e por possuir peças com indícios de terem sido furtadas, o que gerou vários transtornos ao apelante, tendo inclusive que responder por ação de receptação, além de ter seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes em razão do não pagamento das parcelas do financiamento, sem contar o fato de ter ficado sem o veículo.

Outra questão é quanto à responsabilidade da seguradora por ter colocado no mercado veículo sinistrado, com "perda total", sem as devidas providências junto aos órgãos competentes.

No que tange ao primeiro argumento, ou seja, de que o apelante adquiriu veículo viciado, com chassi adulterado e peças advindas de furto, tenho que a responsabilidade nesse caso não pode ser imputada à seguradora, posto que não foi quem vendeu o veículo ao apelante, tendo este adquirido o bem de Paulo Fransue, o qual, por sua vez, adquiriu de Elaine Cristina Carula e assim sucessivamente.

Consigno que o fato do veículo ser objeto de sinistro, ainda que classificado como "perda total", não ensejaria a responsabilidade da seguradora por tais vícios, posto que não há provas de que tenha sido ela quem procedeu às adulterações e colocações de peças impróprias, ainda mais porque existe toda a cadeia sucessória de adquirentes do bem, podendo ser qualquer um deles quem praticou tal conduta.

Assim, por esse argumento não vislumbro a existência de dano moral.

Concernente à responsabilização da seguradora por colocar no mercado veículo sinistrado, com "perda total", sem as devidas providências junto aos órgãos competentes, na hipótese, também não merece provimento o recurso.

Registre que não se desconhecem as normas do Contran, bem como Código de Trânsito a respeito das providências a serem tomadas pela seguradora no caso de veículo irrecuperável - objeto de sinistro com laudo de "perda total". Ocorre que no caso dos autos verifica-se que sequer foi reconhecida a existência de "perda total", uma vez que o documento de f. 179, constante de "Laudo de Perda Total", contém a informação de que o veículo descrito na inicial é "recuperável".

Além disso, observa-se ainda pelo documento de f. 185 – Relatório de Acidente de Trânsito - emitido pela Polícia Militar Rodoviária, que os prejuízos ocorridos com o veículo foram de "média monta", conforme consta do campo denominado "Consequências". Soma-se a isso as fotos acostadas à f. 189, as quais demonstram o estado do veículo após o acidente.

Portanto, ainda que o apelante realmente tenha experimentado danos de ordem moral, em razão de todo o transtorno ocorrido com a aquisição de veículo viciado por adulteração no chassi e conter peças produto de furto, tendo que responder ação criminal de receptação, restando assim comprovado o dano, não se verifica por outro lado o nexo causal com a conduta da seguradora apelada, em colocar no mercado veículo, embora objeto de sinistro, considerado recuperável, de forma que deve ser afastado o pedido de indenização, nos termos do art. 927 do Código Civil.

Esse posicionamento encontra guarida na jurisprudência patria. Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 514, DO CPC. Rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso da ré, porque preenchidos os pressupostos exigidos no art. 514 do CPC. AGRAVOS RETIDOS. NÃO REITERADOS. Não comportam conhecimento os agravos retidos que não foram reiterados por ocasião das contrarrazões. Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC. Agravos retidos não conhecidos. ACIDENTE COM FIOS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. CAMINHÃO QUE SE ENROSCOU NOS CABOS. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO.* ***AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL****. Na hipótese dos autos, não restou provado o nexo causal entre a conduta da ré e os danos sofridos pela autora, sobretudo porque ausente comprovação de que o caminhão enroscou-se nos cabos da empresa demandada, tampouco de que tal fiação estivesse abaixo da altura regulamentar, sendo verossímil, ademais, a alegação de que o condutor tenha feito uma manobra imprudente, subindo o meio-fio da calçada e atingindo a rede. Logo, merece ser mantida a improcedência da pretensão deduzida em juízo. PREFACIAL CONTRARRECURSAL REJEITADA. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. APELO DESPROVIDO. UNANIME."* (Apelação Cível n. 70053018735, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/03/2013) frisei:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - OCORRÊNCIA DOS FATOS - AUSENTE A PROVA DO NEXO CAUSAL - ELEMENTO ESSENCIAL PARA IMPUTAR AO OFENSOR O DEVER DE INDENIZAR O DANO DA VÍTIMA - HONORÁRIOS - MANTIDOS - NÃO PROVIDO. O desiderato atingido pela sentença não poderia ser outro, evidenciado que restou a ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta das supostas ofensoras e os danos experimentados pelas vítimas. Isso porque não se pode indenizar por danos morais e materiais quem não demonstra extreme de dúvidas os tenha experimentado, a ponto de possibilitar a reparação pela pretensa causadora. A verba fixada a título de honorários em R$ 3.000,00 não se mostra exacerbada, mas sim em conformidade com as alíneas b e c do §3º do artigo 20 da instrumental civil, uma vez que observados os ditames do § 4º ante a ausência de condenação."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.031535-2/0000-00 - Campo Grande, Primeira Turma Cível, Relator: Des. Divoncir Schreiner Maran, Publicação: 17/11/2011, N. Diário: 2.541).

Posto isto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 04 de abril de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0045856-57.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE LOCAÇÃO – PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA – CLÁUSULA PREVENDO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FIADOR ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES – INEXISTÊNCIA DE EXONERAÇÃO POSTERIOR – FIANÇA MANTIDA – SÚMULA 214/STJ – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Consoante firme jurisprudência do STJ, os fiadores são responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de abril de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Martha Helena Lima de Araújo, através de Curador Especial, interpõe recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de improcedência dos Embargos à Execução opostos em face de Eloi Quirino D'Agostin. Argumenta que os embargos visam eximi-la da obrigação de pagamento do débito oriundo do contrato de locação prorrogado sem sua anuência, haja vista que figurou como fiadora do contrato celebrado com vigência por prazo determinado de 12 meses, de 23/09/08 a 29/09/09; que o débito reclamado no processo principal se refere a período posterior ao previsto para seu término. Assevera que não há como subsistir o entendimento de que o contrato de locação celebrado entre as partes traz expressa a responsabilidade do fiador até o momento da entrega das chaves e assinatura do distrato, ainda que a locação se prorrogue por prazo indeterminado; que a interpretação do instituto da fiança deve ser feita de forma restritiva, não se admitindo a manutenção do contrato com prorrogação indeterminada, sem intervenção do fiador. Afirma que é fato incontroverso que aceitou a condição de fiadora em contrato por prazo certo e que a sentença contraria a Súmula 214 do STJ. Prequestiona dispositivos legais e pugna pelo provimento.

O apelado apresentou contrarrazões defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Martha Helena Lima de Araújo objetivando a reforma da sentença de improcedência dos Embargos à Execução opostos em face de Eloi Quirino D'Agostin.

Consoante relatado, a apelante argumenta que, na qualidade de fiadora, não possui qualquer responsabilidade pelo pagamento de valores posteriores ao período de vigência do contrato, ou seja, após 23/09/2009, invocando a súmula 214 do STJ.

Ocorre que aludida Súmula preconiza:

> *"O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu."*

A Corte Superior tem admitido como anuência expressa a existência de cláusula no contrato assinado pelo fiador contendo a previsão de sua responsabilidade até a entrega das chaves.

Confira o teor de ementa tirada de recente julgado neste sentido:

> *"LOCAÇÃO. FIANÇA. ADITIVO CONTRATUAL. ANUÊNCIA DOS FIADORES.* ***OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 214/STJ****. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO. CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. 1.- Foi observado, no caso, o teor da Súmula 214/STJ, pois o aditamento contratual contou com a anuência dos fiadores, mantendo-se todas as demais cláusulas. 2.-* ***Havendo no contrato de locação cláusula expressa prevendo a responsabilidade do fiador até a entrega definitiva das chaves ao locador, esse responde pelas obrigações contratuais decorrentes da prorrogação do contrato até a efetiva entrega das chaves do imóvel.*** *3.- Agravo Regimental improvido."* (AgRg. nos EDcl. no AREsp. 212.871/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013) - destaquei.

Na hipótese, há no contrato de locação, posteriormente prorrogado de forma automática, a previsão de continuação da fiança.

Confira:

> *"CLÁUSULA 20ª - Assim, também, o presente instrumento MARTHA HELENA LIMA DE ARAÚJO, [...] na qualidade de FIADOR(a)(es) e principal(is) pagador(es), solidariamente, a todas as obrigações assumidas pelo(a) LOCATÁRIO(a) no presente contrato de locação, cuja responsabilidade se estende a todos os aumentos que vierem a ocorrer nos aluguéis e demais encargos da locação, dispensando-se desde logo a anuência dos(as) fiador(es), bem como ficam responsáveis pelos danos que se verificarem no imóvel* ***até a efetiva entrega das chaves e assinatura do distrato, ainda que a locação se prorrogue por prazo indeterminado****, ficando também responsáveis pelas custas e honorários advocatícios a que vierem a ser condenado(a) o(a) LOCATÁRIO(a). [...]."* - destaquei.

Sendo assim, a fiadora/apelante anuiu, ainda que de maneira prévia, expressamente com a manutenção da fiança em caso de prorrogação do contrato por prazo indeterminado. Além disso, não há notícia nos autos de que a fiadora tenham manifestado discordância em relação à prorrogação

contratual ocorrida e providenciado qualquer interpelação dos contratantes sobre eventual exoneração de responsabilidade, o que permitiria a limitação da fiança, conforme também tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça. Confira:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. PRAZO DETERMINADO. DÉBITO DO PERÍODO DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. FIANÇA. CLÁUSULA PREVENDO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FIADOR ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES OU DA EXONERAÇÃO. 1. "Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença." (EREsp n. 566.633-CE, 3ª Seção, Min. Paulo Medina, DJe de 12/03/2008). 2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."* (AgRg. no REsp. 1209608/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012).

Convém esclarecer, ainda, que na hipótese a cláusula que trata da responsabilidade da fiadora até a entrega das chaves, inclusive se houver prorrogação por prazo indeterminado, além de expressa, é clara em sua redação e a fiadora qualifica-se como psicóloga, portanto com formação superior, presumindo-se então sua ciência quanto ao conteúdo e significado do teor da obrigação assumida, sendo inviável cogitar-se eventual nulidade.

Diante desta realidade, irrepreensível a sentença que rejeitos os Embargos à Execução.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso de apelação, mantendo incólume a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 04 de abril de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0805138-16.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, C/C PARTILHA DE BENS - AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL – SUB-ROGAÇÃO DE PARTE DO IMÓVEL – PARTILHA DE VEÍCULO E DIREITO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Considerando-se que o imóvel residencial foi adquirido na constância da união estável, e que a apelada comprovou ter-se sub-rogado em apenas 25% do valor pago, deve ser promovida a partilha do bem, não na sua integralidade, mas sim de 75% dos direitos que possuem, na proporção de 50% para cada. **2**. Ao sentenciar o feito o juiz "a quo" deixou claro que a documentação apresentada pelo apelante, por si só não era suficiente a demonstrar a alegada sub-rogação, uma vez que além de estar datada de 2010, ainda trazia o nome do apelante como o dono do veículo monza, não havendo se falar em tradição. Consequentemente, como em grau de recurso não trouxe fatos novos, neste ponto a sentença não merece reformas. **3.** No que diz respeito à partilha dos direitos decorrentes do "Bar Universitário", a sentença deixou claro que ao contrário do apelante a apelada comprovou a locação de imóvel para a instalação do estabelecimento comercial na constância da união estável. Daí que, a alegação de que os equipamentos e instalações são alugados e que as mercadorias são consignadas deverá ser apurada em momento oportuno. **4**. Em razão da sucumbência de ambas as partes, cada uma arcará com 50% das custas processuais e honorários advocatícios já fixados em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de abril de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O.J.S. interpôs recurso de apelação em face de H.M.P.S., objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, com Partilha de Bens. Aduz que ao contrário do que entendeu o juiz *a quo*, o terreno localizado na rua Mandacaru de Araujo não foi adquirido totalmente em sub-rogação; que na verdade aludido imóvel foi comprado da seguinte forma: R$ 5.000,00, referente ao imóvel que pertencia a apelante; R$ 8.000,00 de economias do apelante e R$ 4.000,00 financiado pela Caixa Econômica Federal; que no tocante ao veículo Honda Civic este foi

adquirido em sub-rogação, pois o apelante tinha um veículo monza, o qual deu de entrada e o restante foi financiado junto ao Banco Real; que, como não estava mais conseguindo pagar as parcelas, vendeu o veículo em setembro/2011, conforme contrato em anexo, recebendo o valor de R$ 10.200,00, o qual não deve ser compartilhado em razão da sub-rogação; que em relação ao "Bar Universitário", o apelante já era proprietário desde o ano 2000, tendo apenas mudado de endereço; que, anteriormente, o contrato de locação era verbal; que o imóvel onde funciona atualmente também é locado, assim como todos os equipamentos e instalações, sendo as mercadorias consignadas, não havendo o que partilhar. Pugnou pelo provimento do recurso, julgando-se totalmente procedente o pedido inicial.

Em contrarrazões, a apelada requereu o improvimento do recurso. A Procuradoria-Geral de Justiça aduziu não ter interesse no feito.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por O.J.S. em face de H.M.S., objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, com Partilha de Bens.

Inicialmente, merece ser destacado que por ocasião da audiência realizada nos autos (f. 59), as partes se compuseram quanto a existência e dissolução da união estável, no período compreendido entre março de 2003 a julho de 2011, o que foi devidamente homologado.

Dito isso, no que se refere à matéria controvertida, qual seja, a partilha do imóvel residencial, tem-se que segundo a apelada, aludido bem fora adquirido com recursos financeiros próprios em sub-rogação (venda de um terreno e valores recebidos a título de indenização trabalhista, referente a contrato de trabalho anterior ao início da convivência). O apelante rebate, alegando que parte da aquisição se deu com a venda do terreno de propriedade da apelada, no valor de R$ 5.000,00; que outra parte referia-se às economias do apelante no montante de R$ 8.000,00, tendo sido financiado o equivalente a R$ 4.000,00; que com relação às verbas trabalhistas, sustenta que a apelada nunca recebeu valores tão altos e que em relação ao seu último trabalho o acordo firmado perante a Justiça do Trabalho consta como não cumprido.

Pois bem, de acordo com o documento de f. 79-80, aludido imóvel foi adquirido por força de "Termo de Transferência de Cessão de Direito e Obrigações Sobre Imóvel Urbano-Financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação", em fevereiro/2007, ou seja, na constância da união estável, pelo valor certo de R$ 20.000,00.

Restou incontroverso o fato de que a apelada vendeu um terreno de sua propriedade, no valor de R$ 5.000,00, quantia esta utilizada na aquisição do imóvel residencial. Com relação ao saldo remanescente, a apelada juntou aos autos os extratos de f. 70-78, a fim de comprovar que possuía uma conta poupança, onde desde dezembro/2005 já havia saldo de R$ 5.703,15. Aludida quantia sofreu dois depósitos consideráveis a saber: 12/01/06 - R$ 500,00 (lotérica); 13/01/06 - R$ 5.000,00 (depósito dinheiro). Em 20/02/06 o saldo era de R$ 11.421,37. Ocorre que o extrato seguinte datado de 30/03/2007 apresenta um valor de R$ 19.903,32, tendo ocorrido um depósito de R$ 200,00 em 04/04/07. Em 09/04/07 é feita uma retirada de R$ 20.000,00 (f. 80).

Pelo que se vislumbra das datas citadas, todas estão compreendidas dentro do período da união estável. Assim, excetuando o valor de R$ 5.000,00, decorrente da venda do terreno, os demais valores não tiveram sua origem devidamente comprovada. Frise-se que apesar da apelada ter dito que decorreriam de

verba indenizatória de contrato de trabalho anterior à união, não foi suficientemente precisa quanto ao local, período e os valores recebidos. Afora isso, causa estranheza que tenha recebido valores consideráveis, sem que tenha firmado qualquer documento. Ademais, em momento algum foi rebatida a alegação de que o acordo firmado na Justiça do Trabalho consta como descumprido.

Quanto aos depoimentos constantes dos autos, enquanto uma das testemunhas arroladas pela apelada afirma que o valor de R$ 20.000,00 foi pago com o *"dinheiro que recebeu do período que ela trabalhou no hotel do sr. Stefano"* (Célia Maria Flores Santos - f. 128); a outra diz que: *"antes de morar com o autor ela fez um acerto na empresa onde trabalhava, Motel Chamonix; que essa empresa estava falindo e foi acertando com ela aos poucos, ela recebia e depositava no banco; que quando ela foi morar com o autor ela ainda estava recebendo os valores referente ao acerto; ...que quando ela comprou a casa faltou três ou quatro mil reais e ela teve que pegar emprestado de outros; que não sabe o nome dessas pessoas que ela pegou emprestado"* (Carlos Vieira dos Santos – f. 129).

Ora, diante de tantas divergências, ao contrário do que concluiu o juiz *a quo*, o imóvel residencial deve ser partilhado, não na sua integralidade, pois, como já dito, R$ 5.000,00, foram utilizados em sub-rogação ao terreno de propriedade da apelada. Daí que, considerando que a compra do bem se deu pelo valor de R$ 20.000,00, a fração ideal de 1/4 (25%) deve ficar sub-rogada somente à apelada. O restante, qual seja 3/4 (75%), em razão de segundo consta (não há prova em contrário) ter sido adquirido no decorrer do período de convivência e pelo esforço comum do casal, deverá ser partilhado na proporção de 50% para cada.

Já no que se refere ao veículo Honda Civic, apesar do apelante ter alegado que foi adquirido em parte com a sub-rogação do veículo monza, e que em setembro/2011 o Honda Civic foi vendido pelo valor de R$ 10.200,00, em razão de não ter conseguido pagar as parcelas remanescentes, e que o valor da venda estaria sub-rogado, melhor sorte não lhe assiste.

É que ao sentenciar o feito o juiz *a quo* deixou claro que a documentação apresentada pelo apelante, por si só não era suficiente a demonstrar a alegada sub-rogação, uma vez que além de estar datada de 2010, ainda trazia o nome do apelante como o dono do veículo monza, não havendo se falar em tradição. Consequentemente, como em grau de recurso não trouxe fatos novos, neste ponto a sentença não merece reformas.

Por fim, no que diz respeito à partilha dos direitos decorrentes do "Bar Universitário", a sentença deixou claro que ao contrário do apelante a apelada comprovou a locação de imóvel para a instalação do estabelecimento comercial na constância da união estável. Daí que, a alegação de que os equipamentos e instalações são alugados e que as mercadorias são consignadas deverá ser apurada em momento oportuno.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para o fim de julgar parcialmente procedente o pedido de partilha formulado pelo autor/apelante Osvaldo José da Silva, determinando-se a partilha de 75% dos direitos concernentes ao imóvel determinado pelo lote 13, da quadra 42, Jardim Canaã III, matrícula n. 66317 do CRI de Dourados, na proporção de 50% para cada parte, uma vez que adquirido na constância da união estável. O direito remanescente, correspondente a 25% ficará com a apelada em razão da sub-rogação de bem particular, assim como o direito de partilhar o veículo Honda Civic e os haveres do "Bar Universitário", estes dois últimos determinados pela sentença recorrida. Em razão da sucumbência de ambas as partes, cada uma arcará com 50% das custas processuais e honorários advocatícios já fixados em primeiro grau, ficando, mantidos todos os demais termos da 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 18 de abril de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0005304-24.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Juiz Vilson Bertelli

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS – PLANO DE SAÚDE – CÂNCER DE MAMA – QUIMIOTERAPIA COM MEDICAMENTO RECEITADO PARA CÂNCER EM OUTROS ÓRGÃOS – INADMISSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE NO TRATAMENTO MÉDICO – COBERTURA DEVIDA – DANO MORAL – NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA – CABIMENTO – VALOR RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

01. Não cabe à operadora do plano de saúde analisar se o tratamento médico indicado à autora é ou não adequado para a patologia que lhe acomete. Havendo cobertura para quimioterapia e autorização para comercialização do medicamento utilizado nesse procedimento em território nacional, é dever da ré custear o tratamento.

02. Ocorre dano moral na hipótese de negativa injusta da cobertura do plano de saúde.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de maio de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a ré (ora apelante) a custear o tratamento de quimioterapia indicado à autora, inclusive com o fornecimento do medicamento Carboplatina, bem como a pagar à autora indenização por danos materiais no valor de R$ 5.498,00 e indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Em suas razões recursais, a apelante alegou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto. Sustentou que medicamento "carboplatina" não é indicado para o tratamento de câncer de mama, evidenciando tratar-se de aplicação experimental. Destacou que o contrato de prestação de serviços não dispõe de cobertura para esse tipo de tratamento. Apontou a inexistência dos pressupostos para a reparação de danos e o exagero no arbitramento da indenização pelo juízo de origem.

Contrarrazões às f. 251/258.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para: (a) condenar a ré a custear o tratamento quimioterápico prescrito para a autora, inclusive com o fornecimento do medicamento "Carboplatina"; (b) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 5.498,00 e (c) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

A ré insurge-se contra as obrigações de fornecer o medicamento "Carboplatina" e de pagar indenização por danos morais. Argumenta que as disposições do Código de Defesa do Consumidor não incidem no caso concreto. Alega que o medicamento prescrito para a autora não é recomendado para a doença que lhe acomete, evidenciado tratar-se de aplicação experimental, não coberta pelo plano de saúde. Sustenta a inexistência dos pressupostos para a reparação de danos morais.

De início, cumpre destacar que incidem as normas de proteção ao consumidor ao contrato de adesão entabulado entre as partes, haja vista que a avença estabelece o fornecimento oneroso de serviços médicos à autora e aos demais usuários do plano de saúde na condição de destinatários finais.

A jurisprudência é pacífica a esse respeito, consoante demonstra o enunciado da Súmula nº 469 do STJ: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.*

Não cabe à ré invocar sua natureza de cooperativa para afastar o risco da atividade por ela desenvolvida. O caráter de associação civil da Unimed não retira da atividade por ela desenvolvida (prestação de serviços médico-hospitalares) a natureza de plano de saúde, nem mesmo o caráter consumerista da relação firmada com seus associados.

Dessa forma, o plano de saúde aderido pela autora submete-se às regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor.

Logo, deve-se repelir do contrato firmado entre as partes toda e qualquer cláusula que implique em contrariedade à boa-fé e ao equilíbrio contratual. E mais: na análise da cobertura contratual, impõe-se considerar que o contrato de serviços de saúde tem por finalidade a transferência de riscos inerentes à futura necessidade médica ou hospitalar e sua efetiva cobertura. Nessa linha, a operadora do plano de saúde não pode se beneficiar das mensalidades e, depois, se recusar a custear os tratamentos médicos e hospitalares recomendados ao usuário com base em cláusulas abusivas, que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem.

No caso, a autora necessitava se submeter a diversas sessões de quimioterapia com o medicamento denominado "carboplatina" para o tratamento contra o câncer de mama que lhe acomete.

A quimioterapia integra a cobertura contratual e foi prescrita pelo médico de confiança da autora, que, inclusive, é conveniado ao plano de saúde. Não prospera o argumento de que o medicamento indicado para a realização desse procedimento não era adequado para o tipo de câncer que acometia a autora. Com efeito, diante da expressa cobertura contratual para tratamentos oncológicos (f. 19/41) e da aprovação do medicamento "Carboplatina" pela Anvisa para tratamento de câncer, conforme informado pela própria demandada, não compete à operadora do plano de saúde decidir se esse medicamento é ou não indicado ao tratamento da doença da autora, sob pena de interferir na eleição do tratamento pelo médico de confiança da paciente.

A conduta da ré colocou a autora em posição de extrema desvantagem, submetendo-se totalmente ao arbítrio de um funcionário da cooperativa, a quem, em verdade, sequer cabia indicar o tipo de tratamento a ser aplicado à segurada. Ora, diante da cobertura contratual, da prescrição clara do tratamento quimioterápico por um médico oncologista e da indicação do medicamento "Carboplatina" para o tratamento de câncer, ainda que em outro órgão do corpo humano, é inadmissível que fique a exclusivo critério da ré custear o tratamento ou não.

Assim, não comporta reforma a sentença que julgou procedente o pedido de obrigação de fazer, condenando a ré a custear o tratamento prescrito para a autora.

Em relação ao dano moral, não há dúvidas que a recusa da operadora do plano de saúde em autorizar a custear as despesas de procedimento necessário para cura do câncer que acomete a autora enseja o dano moral reclamado.

O sentimento de impotência e de falta de amparo do plano de saúde, bem como a expectativa de não poder custear os procedimentos médicos sabidamente caros, implicam sofrimento e angústia desmedido, principalmente para o segurado que já se encontra combalido por doença grave. O dano moral, no caso, não decorre de simples inadimplemento contratual, mas da situação de abalo psicológico causada à autora ao ter negada injustamente _ e no momento em que mais necessita _ a cobertura do plano de saúde que contratou há mais de 10 (dez) anos.

Nesse sentido, confira-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> *"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA. CABIMENTO.*
>
> *1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.*
>
> *2.* ***Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.***
>
> *3. Recurso especial provido."*
>
> (REsp. 1190880/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 20/06/2011).

O apelante também se insurge contra o valor da indenização por danos morais, fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

No entanto, esse valor não se revela exorbitante ou desproporcional ao prejuízo suportado pelo ofendido. A indenização por danos morais não pode ser arbitrada em quantia irrisória, pois perderia o seu

caráter preventivo e didático. O ideal é que seja suficiente para incutir no ofensor a necessidade de atuar com maior cautela, sem que caracterize, ao mesmo tempo, o enriquecimento ilícito do ofendido.

A quantia fixada na sentença atende a esses parâmetros e não configura enriquecimento ilícito para o apelado, considerando a capacidade econômica da ofensora e a extensão dos danos causados à ofendida com a negativa da cobertura contratual.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela ré.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 21 de maio de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0016402-68.2008.8.12.0002/50000 - Dourados
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO DO BENEFICIÁRIO – ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO CONTRATANTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

A regra prevista no art. 798 do Código Civil foi instituída com a finalidade de impedir fraude à seguradora, e sobre ela prevalece o entendimento de que a boa-fé do contratante é presumida, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A interpõe agravo regimental contra a decisão que deu provimento ao recurso de apelação interposto por **NELCI CARNIEL SIQUEIRA**, condenando o agravante ao pagamento da indenização prevista nos contratos nº 2.859.962-6 e nº 3124213 (fls. 101/105), corrigido pelo IGPM/FGV a partir da data da propositura da ação, incidindo juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Sustenta a impossibilidade de percepção de indenização securitária por morte decorrente de suicídio antes de decorrido o lapso temporal do art. 798 do CC.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Conforme relatado, trata-se de agravo regimental interposto por **BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A** contra a decisão que deu provimento ao recurso de apelação interposto por **NELCI CARNIEL SIQUEIRA**, condenando o agravante ao pagamento da indenização prevista nos contratos nº 2.859.962-6 e nº 3124213 (fls. 101/105), corrigido pelo IGPM/FGV a partir da data da propositura da

ação, incidindo juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Sustenta a impossibilidade de percepção de indenização securitária por morte decorrente de suicídio antes de decorrido o lapso temporal do art. 798 do CC.

I.

A decisão agravada foi assim fundamentada:

> *"[...] Conforme disposição contida no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, é possível a prolação de decisão monocrática quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores.*
>
> *II.*
>
> *De fato, assiste razão à apelante. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento uniforme sobre a presunção de boa-fé do contratante de seguro de vida, que comete suicídio durante o "período de carência" previsto no art. 798 do Código Civil.*
>
> *Isso porque, as regras contratuais referentes aos contratos de seguro de vida devem ser interpretadas com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual, e não se revela justa a interpretação literal da norma (que foge a sua finalidade e alcance), no caso de suicídio do segurado nos primeiros 02 (dois) anos da celebração do contrato.*
>
> *A regra prevista no art. 798 do CC foi instituída com a finalidade de impedir fraude à seguradora, e sobre ela prevalece o entendimento de que a boa-fé do contratante é presumida, enquanto que a má-fé deve ser comprovada.*

Anote-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA FÉ DO SEGURADO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. NECESSIDADE.1. As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual. Essa premissa é extremamente importante para a hipótese de indenização securitária decorrente de suicídio, pois dela extrai-se que a presunção de boa fé deverá também prevalecer sobre a exegese literal do art. 798 do CC/02.2. O biênio previsto no art. 798 do CC/02 tem como objetivo evitar infindáveis discussões judiciais a respeito da premeditação do suicídio do segurado, geralmente ocorrido anos após a celebração do contrato de seguro. À luz desse novo dispositivo legal, ultrapassado o prazo de 02 anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá a necessidade de prova, pela seguradora, da premeditação.3. É desrazoável admitir que, na edição do art. 798 do CC/02, o legislador, em detrimento do beneficiário de boa-fé, tenha deliberadamente suprimido o critério subjetivo para aferição da premeditação do suicídio. O período de 02 anos contido na norma não deve ser examinado isoladamente, mas em conformidade com as demais circunstâncias que envolveram sua elaboração, pois seu objetivo certamente não foi substituir a prova da premeditação do suicídio pelo mero transcurso de um lapso temporal.4. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se à espécie o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada.5. Há de se distinguir a premeditação que diz respeito ao ato do suicídio daquela que se refere ao ato de contratar o seguro com*

a finalidade única de favorecer o beneficiário que receberá o capital segurado. Somente a última hipótese permite a exclusão da cobertura contratada, pois configura a má-fé contratual.6. Recurso especial provido." (REsp 1188091/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 06/05/2011)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGUROS. SUICÍDIO.INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ NA CONTRATAÇÃO. PREMEDITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. IMPROVIMENTO.1.- Nas hipóteses relativas aos contratos de seguro, a presunção de boa-fé deve prevalecer sobre a exegese literal do artigo 798 do Código Civil. Incidência da Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.3.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 83109/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 27/02/2012)

"DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/2002. PREMEDITAÇÃO. COMPROVAÇÃO PELA SEGURADORA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO SEGURADO. REVISÃO. SÚMULA N.7/STJ. DECISÃO MANTIDA.1. A ocorrência do suicídio antes do prazo bienal previsto no art.798, caput, do CC/2002 não exime, por si só, a seguradora, do dever de indenizar. Referido dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva que norteiam o novo Código Civil (arts. 113 e 422 do CC/2002).2. A obrigação da seguradora de pagar a indenização securitária somente pode ser afastada se ela comprovar a ocorrência de má-fé ou premeditação do segurado, a teor das Súmulas n. 105/STF e 61/STJ.3. Alterar a conclusão do Tribunal de origem, que com base nos elementos de prova dos autos, entendeu pela não premeditação do suicídio, é inviável na via especial, haja vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1166827/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 13/11/2012)

Assim, ante a ausência de comprovação da má-fé do segurado que cometeu suicídio, a ação de cobrança deve ser julgada procedente.

III.

Ante o exposto, excepcionalmente e à vista da singularidade do caso, conheço do recurso interposto por ***NELCI CARNIEL SIQUEIRA*** *e lhe dou provimento, monocraticamente, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, condenando* ***BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A*** *ao pagamento da indenização prevista nos contratos nº 2.859.962-6 e nº 3124213 (fls. 101/105), corrigido pelo IGPM/FGV a partir da data da propositura da ação, incidindo juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.*

Dada a total procedência dos pedidos da autora, condeno a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais, com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC, fixo em 10% do valor atualizado da condenação."

II.

Pela análise das razões recursais apresentadas, verifica-se que o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada.

Por isso, suas razões não devem subsistir, devendo ser mantida a decisão recorrida que deu provimento ao recurso de apelação interposto por Nelci Carniel Siqueira.

III.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por **BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A** e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 23 de abril de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4000857-17.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM* – RECUSA DOS CONSANGUÍNEOS EM FORNECER MATERIAL GENÉTICO – CABIMENTO DE EXUMAÇÃO – DIREITO INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Diante da recusa dos consanguíneos do pai investigado em fornecer material genético, a exumação é cabível, porquanto o reconhecimento do estado de filiação deriva do princípio da dignidade da pessoa, e se consubstancia em direito indisponível e imprescritível, conforme súmula 149 do STF.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de abril de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

J. P. C. interpõe agravo de instrumento às fls. 01/27, insurgindo-se contra a decisão de fl. 196, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Família Digital de Campo Grande/MS nos autos nº 0000894-85.2008.8.12.0001, que solicitou designação de data para exumação dos restos mortais de G.N.C.F.

Sustenta a desnecessidade e excepcionalidade do procedimento de exumação.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo conforme decisão de fls. 199/200.

Informações do douto juízo *a quo* à fl. 206.

Contraminuta às fls. 207/226.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator).

Conforme relatado, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por J. P. C. às fls. 01/27, insurgindo-se contra a decisão de fl. 196, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Família Digital de Campo Grande/MS nos autos n. 0000894-85.2008.8.12.0001, que requereu designação de data para exumação dos restos mortais de G.N.C.F.

I. Sustenta a desnecessidade e excepcionalidade do procedimento de exumação.

II. O agravante se insurge contra exumação do corpo de seu pai, em ação de investigação de paternidade, que, no entanto, ante a necessidade de elucidar o objeto da ação, deve ser mantida.

Em contraminuta, fl. 213, é informado que os supostos tios-paternos, avó-paterna e filho do suposto pai foram intimados para realizar o exame de DNA por coleta de sangue, mas a investigação de paternidade foi inconclusiva, porque apenas o último compareceu para fazer o exame.

Assim, ante a resistência dos consanguíneos do pai investigado, não resta outra medida ao juízo *a quo* senão a exumação.

Frise-se que cabe ao juiz, consoante disposição do art. 130 do CPC, o poder da produção dessa prova.

Nesse mesmo sentido, anote-se o entendimento do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE DESTRANCAMENTO DE RECURSO ESPECIAL - ART. 542, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - EXUMAÇÃO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA PARTICULAR QUE AUTORIZE O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL - RECURSO IMPROVIDO."* (AgRg. na Pet. 8.321/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 25/04/2011)

> *"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. A SUSCITAÇÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NÃO VINCULA O MAGISTRADO, SENDO FACULDADE SUA DETERMINAR O PROCESSAMENTO. A EXUMAÇÃO DE CADÁVER, EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, PARA REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, É FACULDADE CONFERIDA AO MAGISTRADO PELO ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.AGRAVO IMPROVIDO."* (AgRg. no Ag. 1159165/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 04/12/2009).

Desse modo, diante da recusa dos consanguíneos do pai investigado em fornecer material genético, a exumação é cabível, porquanto o reconhecimento do estado de filiação deriva do princípio da dignidade da pessoa, e se consubstancia em direito indisponível e imprescritível, conforme súmula 149 do STF.

III. Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto por J.P.C.e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 16 de abril de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0001080-77.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITO HEREDITÁRIOS – NECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA – FORMA PRESCRITA EM LEI – INVALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

O instrumento particular firmado para a cessão de direitos hereditários é inválido por não se revestir da forma prescrita em lei, qual seja a escritura pública, podendo no muito resolver-se em perdas e danos face a relação de cunho obrigacional advinda. Inteligência do art. 104, III c/c art. 1.793 do Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de março de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Christian Marcelo Correa da Costa interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou improcedente a ação declaratória de obrigação de fazer ajuizada em face de Aloisio Balhs Papi Junior.

Sustenta que mesmo não tendo sido realizada a cessão de direitos hereditários na forma prescrita em lei (instrumento público – art. 1.793 do Código Civil), deve ser respeitado o contrato particular realizado entre as partes por serem capazes e referir-se a objeto lícito, possível e determinado.

Defende que a manutenção da decisão que julgou improcedente o pedido da exordial violaria o princípio da boa-fé objetiva que deve resguardar as relações contratuais.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja julgada procedente a ação, reconhecendo a obrigação do apelado de outorgar a escritura pública de cessão de direitos à herança e determinando que assim se proceda.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO (EM 7.3.2013).

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Christian Marcelo Correa da Costa interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou improcedente a ação declaratória de obrigação de fazer ajuizada em face de Aloisio Balhs Papi Junior.

Em suma, o apelante pretende ver reconhecida a validade do instrumento particular entabulado entre as partes que previa a cessão pelo recorrido de seus direitos hereditários.

O magistrado, atento a questão, julgou improcedente a ação por ausência da forma prescrita em lei para o contrato.

A demanda em verdade não exige maior esforço argumentativo para solucioná-la.

O art. 104 do Código Civil estabelece os parâmetros de validade do negócio jurídico, quais sejam o agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Via de regra os negócios jurídicos não possuem forma especial para serem válidos, exceto se a lei expressamente a exigir no intuito de conferir maior segurança jurídica ao ato (art. 107).

Direitos hereditários, à teor do que dispõe o art. 80, II do Código Civil, são bens considerados imóveis, logo, sua cessão deve ser obrigatoriamente por escritura pública, tal como reza o art. 1.793 do referido Estatuto: *"Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública."*

Neste passo, por violação dos artigos 104, III e art. 1.793 da norma civilista, o instrumento de transferência juntado aos autos é inválido para o objetivo que pretende, de cessão de bem considerado imóvel por ficção jurídica.

No muito, o contrato geraria apenas sua resolução em perdas e danos face o vínculo obrigacional formado, todavia, esta pretensão não foi aventada subsidiariamente pelo recorrente em sua exordial.

Diante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume a sentença.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 14/03/2013 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 14.3.2013).

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Revisor).

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria submetida a reexame.

A meu ver, nos termos do art. 108 do Código Civil, admite-se a lavratura de cessão, inclusive de direitos hereditários, por instrumento particular, mas com força de instrumento público, desde que a operação não ultrapasse 30 salários mínimos.

No caso em debate, apelante e apelado celebraram cessão de direitos hereditários por instrumento particular, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), em junho de 2003. Naquela data seria até admissível a cessão de direitos hereditários por instrumento particular, desde que o valor da quota hereditária objeto da cessão não ultrapassasse R$ 7.200,00, já que o salário mínimo da época era R$ 240,00.

Portanto, se o instrumento particular tivesse sido celebrado por valor equivalente a 30 salários mínimos (R$ 7.200,00), por certo haveria de se dar credibilidade àquele instrumento, inclusive para habilitação em inventário, já que teria sido preenchido a vontade do legislador do CC/2002, em seu art. 108, validando o referido ato. Afinal, como lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, se o ato praticado de outro modo, vier a preencher-lhe a finalidade essencial, é válido o ato...[1].

Ocorre no entanto, que a cessão de direito hereditários de f.15 não poderia ser admitida no sentido de servir como título para habilitação em inventário, posto que, além de ter sido lavrada por instrumento particular, seu valor foi bem superior à trinta salários mínimos da época da celebração.

O referido documento é válido como obrigação pessoal, no sentido de buscar o autor apelante a rescisão do contrato, para se ressarcir do prejuízo que experimentou, já que provou o pagamento de R$ 25.000,00 feito ao apelado, não tendo este último demonstrado, de forma satisfatória, fato extintivo do direito do autor, em relação a esse pagamento, como lhe competia, segundo a regra do art. 333, II, do CPC.

Portanto, melhor sorte teria o apelado, se sua pretensão o fosse no âmbito indenizatório, porquanto impossível a obtenção do domínio sobre bens imóveis, utilizando-se do documento de f. 15.

Com essas observações, acompanho o voto do eminente relator, para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Vogal).

De acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 14 de março de 2013.

***

1 CPC Comentado, 3.ed. São Paulo: RT, p. 460.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0001326-05.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DESTITUIÇÃO PODER FAMILIAR C/C AÇÃO DE GUARDA – ABANDONO MATERIAL – COMPROVAÇÃO – MANUTENÇÃO DA GUARDA CONCEDIDA À AVÓ PATERNA – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovado que a genitora não reúne as condições mínimas necessárias para cuidar da formação de seus filhos, deixando-os sem os cuidados indispensáveis de saúde, higiene, etc., não merece reforma a sentença que julgou procedente o pedido de guarda em favor da avó paterna.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

P.A. de O. interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas, que julgou improcedente o pedido de destituição do poder familiar e procedente o pedido de guarda formulado na ação juizada pelo Ministério Público Estadual.

Sustenta que não mais subsistem os motivos que ensejaram a ação, ficando demonstrada a real mudança no comportamento da apelante, uma vez que as testemunhas e a assistente social afirmaram que atualmente sua casa está organizada e limpa, fato até mesmo reconhecido pela magistrada na sentença.

Alega que é direito fundamental da criança, o de ser criado por sua família natural e apenas, excepcionalmente, em família extensa ou substituta, conforme previsão do artigo 1º, III. c/c artigo 227 da Constituição Federal e artigo 1634, I e II do Código Civil.

Requer, ao final, a reforma da sentença, revogando-se a guarda concedida à avó paterna e restituindo-se as crianças aos cuidados da mãe; a manifestação expressa acerca da violação aos artigos 1º, III e 227 da Constituição Federal e artigos 19 e 25 da Lei 8069/90.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer, no sentido de desprover o recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por P. A. de O., contra sentença que julgou procedente o pedido de guarda formulado na ação de destituição do poder familiar c/c guarda ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

O Ministério Público Estadual ajuizou esta ação em desfavor de P.A. de O., em virtude da falta de cuidados relativos à alimentação, higiene e educação com os filhos R. de O. C e R. de O. C.; e que, além do mais, os menores conviviam no mesmo ambiente do seu tio paterno, que é viciado em entorpecentes.

O autor, segundo consta tem acompanhado a família há muito tempo, quando o Conselho Tutelar informou as condições em que viviam as crianças. A requerida, segundo consta, não trabalha. Reside na casa de sua irmã, que tem cinco filhos. Ao todo são sete crianças, incluindo os filhos da requerida, que sofriam negligências com relação à higiene, alimentação, cuidados e educação, sendo privados de frequentar o Centro de Educação Infantil, crescendo em ambiente sujo, desorganizado e freqüentado por viciados em drogas.

As crianças foram entregues sob a guarda da avó paterna, pois a família materna é desestruturada, vulnerável e incapaz de garantir uma formação saudável, conforme informações dos autos.

Acerca da alegação de não mais subsistirem os motivos para a manutenção da sentença, verifica-se que os estudos realizados mostram parecer desfavorável à reintegração das crianças junto à família natural, e que, pelo contrário, junto à avó materna, tem recebido os devidos cuidados para seu desenvolvimento sadio, encontrando-se atendidas em suas necessidades especiais.

Além do mais, o relatório produzido pela Equipe Multidisciplinar (f. 225/226), não induz segurança para o retorno das crianças.

Assim, a sentença não merece reparos, porquanto pautada no princípio da garantia prioritária da criança, que é o norte para o deslinde da lide.

Absoluta e "prioritariamente", a criança e o adolescente têm direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, competindo aos pais, primordialmente, assegurar-lhes tais condições, sendo vedada qualquer forma de "negligência", discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, da Constituição Federal).

Portanto, qualquer que seja o objeto da lide, envolvendo um menor, cabe ao Estado zelar pelos seus interesses, pois se trata de ser humano em constituição, de tenra idade, sem quaisquer condições de se autoproteger.

Dessarte, provada a incapacidade da requerida em permanecer com a guarda dos filhos, impõe-se a manutenção da sentença.

Ante o exposto e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 16 de maio de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0806965-65.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – AUSÊNCIA DE EFETIVA NOTIFICAÇÃO – MUDANÇA DE ENDEREÇO – NECESSIDADE DE PROTESTO DO TÍTULO – NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL – RECURSO IMPROVIDO.

Considerando que a comprovação da mora é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, sua ausência implica no indeferimento da inicial.

Encontrando-se o devedor em lugar incerto e não sabido, para constituição em mora, é imprescindível que o título seja levado à protesto, procedendo-se a notificação do devedor via edital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de maio de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 17ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a inicial e extinguiu, sem resolução do mérito, a ação de busca e apreensão, autos n. 0806965-65.2011.8.12.0001, proposta em face de Jeferson Luis Pereira Costa.

Alega que a mora decorre do vencimento do prazo para cumprimento da obrigação, sendo dispensável a notificação do devedor para sua constituição e propositura da presente demanda.

Salienta que houve a tentativa de notificação do devedor, que restou infrutífera em razão daquele ter se mudado do endereço para onde a correspondência foi remetida, ato que seria suficiente para a constituição em mora.

Afirma que compete ao devedor manter atualizados seus dados, de sorte que encaminhada a correspondência para o endereço constante no contrato, deve ser reconhecida a validade da notificação, ainda que não recebida pelo apelado.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Sem contrarrazões.

Este é o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do que dispõe o artigo 155, §1º, do RITJMS.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A., irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 17ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que indeferiu a inicial e extinguiu, sem resolução do mérito, a ação de busca e apreensão, autos n. 0806965-65.2011.8.12.0001, proposta em face de Jeferson Luis Pereira Costa.

Não obstante a operação da mora nos casos de débito garantido por alienação fiduciária, em que há termo certo para o adimplemento da prestação, operar-se *ex re,* os requisitos para a propositura de ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente encontram-se previstos no Decreto-Lei 911/69.

Estabelece o artigo 3º, do Decreto-Lei n. 911/69 que: *"O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor".*

Por sua vez, prevê o artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69 que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título.

Saliento por oportuno, que a comprovação da mora, para efeitos de ação de busca e apreensão, não se confunde com sua ocorrência, que se opera com o simples inadimplemento do débito, mas sim mediante sua ciência ao devedor por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título.

De tal sorte, a realização da notificação extrajudicial ou o protesto do título e sua comprovação é um dos requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo, devendo vir acompanhando os documentos acostados à inicial.

Nesse sentido posicionou-se, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça ao editar o enunciado da Súmula 72, *in verbis:*

> *"Súmula 72. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente."*

Visando atender as exigências legais, a instituição financeira apelante trouxe aos autos notificação extrajudicial endereçada ao apelado (f. 21-22), expedida por intermédio do 1º Oficio de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Maceió, Estado de Alagoas.

O conteúdo da notificação encontra-se redigido nos seguintes termos:

> *"Notificamos V.Sa (s), para que, no prazo máximo e improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas, contados do recebimento desta, efetue (m) o pagamento da(s) parcela(s), descrita(s) no item IV, cujo valor será devidamente corrigido da data do seu vencimento até a data do seu efetivo pagamento, no endereço constante no item V, nos moldes do contrato em tela.*

A falta de atendimento a esta notificação ensejará por nossa parte o encaminhamento do(s) nome(s) de V.Sa(s) junto ao registro do SERASA, bem como a adoção de medidas judiciais cabíveis, além da antecipação dos vencimentos das demais prestações, tornando-se imediatamente exigível a totalidade do contrato, ficando V. Sa(s), desde já, constituído(s) em mora, para todos os fins previstos em lei."

Ocorre que, referida notificação não chegou a seu destinatário (apelado), pois conforme consta na certidão de f. 22, este havia se mudado, não residindo mais no local para onde a correspondência foi remetida, inviabilizando, portanto, o conhecimento do devedor acerca de seu conteúdo.

Nesse passo, restando infrutífero o ato, por motivo de mudança de endereço do devedor, é imprescindível o protesto do título, notificando-se o mutuário via edital.

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. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 23 de maio de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000122-94.2010.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – EXASPERAÇÃO DEVIDA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA – IMPREVISÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO – NÃO PROVIMENTO.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis impõe a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

O *quantum* utilizado para minoração pela incidência de atenuantes não obedece a critério matemático, relacionando-se com a proporcionalidade e intensidade das mesmas.

Apelação defensiva a que se nega provimento com base na correta aplicação da reprimenda imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal que dava parcial provimento

Campo Grande, 20 de maio de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

CLAUDINEI DOS SANTOS VALENÇA interpõe APELAÇÃO objetivando a reforma da sentença que o condenou a 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, III e IV, do Código Penal).

Pugna pela redução da pena-base, porquanto deve ser afastada a negativação da personalidade, conduta social e as consequências do crime.

Requer maior redução da reprimenda em razão da incidência das atenuantes da confissão e menoridade relativa.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 383/390).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 395/399).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de APELAÇÃO interposta por CLAUDINEI DOS SANTOS VALENÇA objetivando a reforma da sentença que o condenou a 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, III e IV, do Código Penal).

Extrai-se dos autos que, aos 10 de outubro de 2009, por volta das 22 h, na rua Antônio Lino Barbosa, em Rio Brilhante, juntamente com 03 (três) indivíduos não identificados e fazendo uso de 01 (uma) faca, o acusado desferiu 12 (doze) golpes contra *EVALDO DOS SANTOS OLIVEIRA*, produzindo-lhe ferimentos que foram a causa de sua morte.

Pretende o acusado a redução da pena-base sustentando que algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis devem ser afastadas.

Ao dosar a reprimenda-base o julgador singelo consignou (f. 336/337):

> *"Em face desta decisão condenatória, passo à dosimetria da pena, levando-se em consideração o entendimento do E. STJ de que, em havendo mais de uma qualificadora, uma qualifica o delito servindo os demais para as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Assim, o recurso que impossibilitou a defesa da vítima servirá para qualificar o delito, servindo as demais para a primeira fase da dosimetria da pena.*
>
> *Com lastro no art. 59 do CP, observa-se a CULPABILIDADE exacerbada, porquanto consumou o homicídio por meio cruel, ante a quantidade de golpes de faca desferida contra a vítima, o que reputa em maior repreensão em repúdio ao ato cometido; ANTECEDENTES imaculados, como se vê a f. 92, 100, 184, 185 e 315; PERSONALIDADE prejudicial, porquanto consta a incidência de prática de falta grave, já dentro do estabelecimento penal, na posse de substância entorpecente e celulares, o que demonstra seu caráter ignóbil; CONDUTA SOCIAL, desnaturada, posto que trabalhou para o genitor da vítima, sendo até ajudado por este, quando solicitado, para auxiliar a família do réu, vindo agora a retirar a vida amado filho de seu empregador; os MOTIVOS são desabonadores, eis que agiu em face da dívida que a vítima possuía junto com o co-réu; CIRCUNSTÂNCIAS extremamente desfavoráveis, pois saiu em perseguição da vítima, por duas vezes, como consta do seu interrogatório nesta data, alcançando a vítima próximo ao supermercado e lá consumando o ato; CONSEQUÊNCIAS são as relatadas aos autos; não há o que se falar em comportamento da vítima.*
>
> *Vislumbro grande preponderância de circunstâncias desfavoráveis ao réu, razão pela qual fixo a pena-base em 19 anos de reclusão.*
>
> *Ausentes agravantes, mas presente a atenuante da confissão e da menoridade, razão porque reduzo para 18 anos de reclusão.*
>
> *Não há causa de aumento ou diminuição da pena,* ***ficando definitiva em 18 anos de reclusão****."*
>
> (Destaques originais).

De fato os fundamentos utilizados para negativar a conduta social não se prestam para tanto, vez que se confundem com a relação pessoal entre o acusado e a vítima e não com a imagem que o mesmo possui perante a sociedade.

Outrossim, equivoca-se a defesa ao aduzir que as consequências foram consideradas desfavoráveis, posto que não se depreende tal valoração da sentença monocrática.

Por outro lado, o cometimento de falta grave no interior do presídio é elemento apto a extrair a personalidade desregrada e desvirtuada do acusado.

Ademais, a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime militam intensamente em seu desfavor como se verifica do trecho da sentença transcrito, prejudicando sobremaneira o acusado.

Assim, a exclusão de uma circunstância não produzirá qualquer efeito na reprimenda imposta pelo julgador. A matéria em debate não escapou à análise do doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI, que assim discorre:

> *"Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. Esse mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando a harmonia do sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de mera soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível. Há de se adotar um sistema de pesos, redundando em pontos para o fim de nortear o juiz na escolha do montante da pena-base. Baseando-se dos pesos dos elementos do art. 59 do Código Penal, deve o julgador pender para maior quantidade de pena ou seguir para a fixação próxima ao mínimo. A ponderação judicial necessita voltar-se às qualidades e aos defeitos do réu, voltados ao fato por ele cometido, como alicerce para a consideração de seus atributos pessoais. [...]. Em suma, não se pretende cuidar da individualização matemática da pena, pois o juiz deve ter a sensibilidade para avaliar o grau de preponderância de determinado elemento do art. 59 do Código Penal, livremente, no caso concreto."* [1]

No ponto, julgo conveniente trazer à baila a melhor jurisprudência:

> *"A fixação da pena não obedece a critérios aritméticos, devendo corresponder à justa e adequada reprovação ao delito, amparada na percepção crítica da realidade apreendida pelo julgador, embasado em seus valores pessoais e profissionais a fim de ajustar sanção repreensão corporal necessária e suficiente, atividade esta que justamente o cerne da atividade jurisdicional."* [2]

De igual modo as atenuantes não devem ensejar diminuição maior da pena, haja vista que a incidência das mesmas não se dá por critério matemático, mas à luz da proporcionalidade e intensidade das circunstâncias.

Neste sentido já se manifestou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> *"Como o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição de pena a serem aplicados em razão das circunstâncias atenuantes, cabe ao magistrado, no seu livre convencimento e de acordo com o caso concreto, sopesar o quantum a ser reduzido, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais."* [3]

Ante o exposto, nego provimento ao apelo interposto por CLAUDINEI DOS SANTOS VALENÇA.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor)

De acordo com o relator.

1 *Código Penal comentado*, 10 ed., São Paulo: RT, 2010, p. 410/413.

2 TJRS, Ap 70021600192, 8ª C. Crim., rel. Des. ROQUE MIGUEL FANK, j. 19/12/2007, DO 03/06/2008, p. 85.

3 HC 185.202/SP, 6ª T., rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 28/08/2012, DJ 12/09/2012.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal).

Relembrando. Cuida-se de *Apelação Criminal* interposta por Claudinei dos Santos Valença objetivando a reforma da sentença que o condenou a 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, III e IV, do Código Penal).

Pede, em suma, a redução da pena-base pelo afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade, conduta social e consequências do crime, como também uma maior redução da reprimenda em razão das atenuantes da confissão e da menoridade relativa.

O e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo d. Revisor.

Vou divergir dos pares, tão somente para reduzir a pena-base, com o afastamento das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social.

Em um sistema penal democrático, fundado no postulado da dignidade da pessoa humana, que representa verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (cf. STF - HC 107108, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012), o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade, pois cada pessoa tem a personalidade que lhe é possível ter (cf. Carvalho, Salo. "Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do Princípio da Secularização". p. 46 e seguintes. *in* CARVALHO, Amilton Bueno de & CARVALHO, Salo de. "*Aplicação da Pena e Garantismo*". Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001).

O cidadão deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

O ilustre jurista Luigi Ferrajoli, adverte, aliás, que:

> *"O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao processo, e consequentemente aos problemas da jurisdição, o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é"* (*in* Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 208).

A jurisprudência já exarou o seguinte:

> *"PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO.* ***As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena****. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente.*

> *Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5° da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for lícita. Ou seja,* ***ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o****."* (Apelação Crime n. 70000907659, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 15/06/2000).

Para "sepultar" de vez o assunto e demonstrar inequivocamente a impropriedade de se valorar a personalidade do agente (e a conduta social) com o escopo de recrudescer a pena do acusado, o atual anteprojeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional retirou tais elementos do dispositivo que trata da individualização da pena (artigo 75).

Na exposição de motivos do indigitado anteprojeto consta o seguinte:

> *"A objetivação das circunstâncias judiciais. A proposta retira do espaço de cognição judicial, para fins de dosimetria da pena, aspectos subjetivos como a conduta social e a personalidade do agente. A conduta social porque permitia valorações de cunho moral ou de classe ou estamento social. Já a personalidade do agente se apresentava como de dificílima aferição pelo julgador, pois o processo crime raramente traz tais indicativos psicológicos que permitissem um exame acurado.* ***A retirada destes elementos de grande subjetividade condiz, além de tudo, com o Direito Penal do fato, e não do autor****. A proposta é prestigiar as circunstâncias do fato criminoso e a conduta do agente, como grandes elementos para o encontro da pena individual. Daí a menção aos fins, meios, modo de execução e consequências do crime. Isto há de permitir ao julgador exame apropriado da gravidade do fato e da culpabilidade do agente, evitando majorações ou diminuições com base na personalidade ou vida social daquele."* (destaquei).

Afora isso, no caso concreto não houve exame de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica para aferir se realmente o réu possui *"personalidade prejudicial",* inexistindo nestes autos elementos hábeis que possam permitir que o julgador profira "diagnóstico" de tal natureza sem incorrer em suposições incompatíveis com o princípio da presunção de inocência.

Quanto às *consequências do crime*, tal como dispôs o Relator, afigura-me que a sentença monocrática não as considerou desfavoráveis ao apelante.

Passo à nova dosimetria da pena.

Primeira fase: Excluídas as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, porém mantidas valoradas negativamente as da culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime, intensamente desfavoráveis ao apelante, reduzo a pena que havia sido fixada na sentença, de 19 (dezenove) para 17 (dezessete) anos de reclusão.

Segunda fase: Ausentes agravantes, mas presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, diminuo a reprimenda no mesmo e adequado montante estabelecido pelo sentenciante, indo a pena para **16 (dezesseis) anos de reclusão.**

Terceira fase: Não havendo outras modificadoras a serem analisadas, fica a pena definitivamente estabelecida em **16 (dezesseis) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado (art. 33 do CP). Incabíveis a substituição da pena por restritiva de direitos ou a aplicação do *sursis*.**

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, para dar parcial provimento à Apelação Criminal interposta por Claudinei dos Santos Valença**,** com o fim de afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social e, com isso, reduzir, após nova dosimetria, a pena imposta para o patamar definitivo de **16 (dezesseis) anos de reclusão em regime fechado.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, NÃO PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL QUE DAVA PARCIAL PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 20 de maio de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001218-95.2011.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO – ARMA DESMUNICIADA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – NÃO PROVIMENTO.

É típica a conduta consistente em possuir arma de fogo, ainda que desmuniciada, porquanto o crime do art. 12, da Lei n.º 10.826/06, é de perigo abstrato e o simples ato de acrescentar os projéteis não demanda maiores esforços.

Apelo defensivo a que se nega provimento, ante a correta exegese do texto legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, improver o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de APELAÇÃO interposta por VALDINEY RIBEIRO DE OLIVEIRA GOMES objetivando a reforma da sentença que o condenou a 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), da Lei n.º 10.826/03.

Alega a atipicidade da conduta, porquanto a arma estava desmuniciada.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 181/187).

No mesmo sentido é a manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 193/196).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de APELAÇÃO interposta por VALDINEY RIBEIRO DE OLIVEIRA GOMES objetivando a reforma da sentença que o condenou a 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), da Lei n.º 10.826/03.

Infere-se dos autos que, aos 05 de julho de 2011, por volta das 15 h, no interior de uma residência localizada no Assentamento Roda Viva, em Bandeirantes, o acusado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 01 (uma) arma de fogo tipo espingarda, de calibre 36, marca Boito, n.º 713145.

Segundo o apurado, policiais militares dirigiram-se ao local para averiguar eventual prática de ameaça pelo acusado, ocasião em que o mesmo relatou que tudo estava resolvido, todavia, ao ser questionado sobre arma de fogo, confessou que possuía 01 (uma) espingarda no interior de sua residência, sendo preso em flagrante.

Pretende o acusado a absolvição, sob o argumento de que a conduta perpetrada não ofende o bem jurídico tutelado, porquanto a arma estava desmuniciada.

A conduta amolda-se à hipótese prevista no art. 12, da Lei n.º 10.826/03, que trata de crime de perigo abstrato, sendo presumida a ofensa ao bem jurídico tutelado. Ainda que se achasse na condição mencionada, a arma era apta à finalidade a que se propõe, conforme atesta o "laudo pericial" (f. 50/54).

Tal verificação é bastante para aferir o risco para a segurança e integridade física das pessoas, porquanto 01 (uma) espingarda ou qualquer outro tipo de artefato dessa natureza pode ser municiado a qualquer momento pelo seu possuidor.

Daí, a conduta praticada resta típica na medida em que gerou perigo abstrato aos bens jurídicos protegidos – paz social e incolumidade pública.

Com efeito, tanto o porte de arma desmuniciada quanto o de munição sem o respectivo artefato deflagrador são faces da mesma moeda, em razão da possibilidade de se completarem a qualquer momento.

É melhor para o sistema jurídico e para a sociedade evitar que a utilização de armas e munições se materialize, ao invés de ter de minorar os efeitos dos danos que podem ser causados posteriormente (lesões corporais, homicídios, etc.).

Ao discorrer sobre a legitimidade da espécie de crime, FERNANDO CAPEZ [1] preleciona:

> *"No caso das infrações de perigo abstrato, a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típica independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis."*

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03 – ARMA DESMUNICIADA, DESMONTADA E ARMAZENADA NO*

1 *Arma de Fogo - Comentários à Lei n. 9.437/97, de 20-2-1997*, Saraiva, 1997, p. 25/26.

BAGAGEIRO DO ÔNIBUS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FATO TÍPICO – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de transporte de arma de fogo, desmuniciada e desmontada, armazenada na mochila, no bagageiro do ônibus, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento." [2]

"PENAL – PORTE DE ARMA DE FOGO – ARMA DESMONTADA E DESMUNICIDADA – IRRELEVÂNCIA – TIPICIDADE – ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/2003.

A norma penal incriminadora do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 não descreveu a conduta ilícita com a exigência de municiamento da arma, de modo que, para a configuração do crime descrito pelo referido artigo, tipo penal de conteúdo múltiplo, bastante a plena subsunção da conduta dos acusados a um dos verbos ali presentes. A circunstância de a arma encontrar-se desmontada e desmuniciada é irrelevante para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03. Apelo desprovido." [3]

Nesta mesma toada, os seguintes precedentes jurisprudenciais: TJMG, Ap 0059662-95.2006.8.13.0534, 5ª Câm. Crim., rel. Des. Hélcio Valentim, j. 11/05/2010, DJ 16/06/2010; TJMS, Ap 2010.002545-0, 2ª T. Crim., rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ 16/03/2010; TJMT, Ap 131.181/2009, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Rui Ramos Ribeiro, j. 18/05/2010, DJ 01/06/2010; TJDF, Rec. 2009.10.1.003173-4, 1ª T. Crim., rel. Des. George Lopes Leite, DJ 01/10/2009; e TJMS, Ap 2009.021449-3, 2ª T. Crim., rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ 18/09/2009.

Desta forma, é de se refutar qualquer pretensão absolutória em relação ao crime de posse de arma de fogo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de APELAÇÃO interposto por VALDINEY RIBEIRO DE OLIVEIRA GOMES, mantendo incólume a sentença objurgada.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1° Vogal).

De acordo com o Relator.

DECISÃO DO DIA 18/03/2013: CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2° VOGAL, APÓS O RELATOR E O 1° VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2° Vogal).

Relembrando, é apelação interposta por Valdiney Ribeiro de Oliveira Gomes objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 01 ano e 02 meses de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 12 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), da Lei n. 10.826/03.

Postula a absolvição, sob a tese de atipicidade da conduta, porquanto a arma estava desmuniciada.

Em seu voto, o e. Des. Carlos Eduardo Contar, Relator, negou provimento ao apelo, sendo acompanhado pelo e. Des. Manoel Mendes Carli, Revisor.

2 TJMS, Ap 2010.023050-1, 1ª T. Crim., rel. Des. JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA, DJ 21/09/2010, p. 45.

3 TJDF, Rec. 2007.05.1.004677-8, 1ª T. Crim., rel. Des. MARIO MACHADO, DJ 14/01/2010, p. 237.

Pedi vista e vou divergir para absolver o recorrente.

A despeito dos precedentes em sentido contrário, considero que o fato de arma fogo estar desmuniciada afasta a tipicidade dos crime de posse ou porte ilegal de tal artefato. Nesse sentido já decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. Na linha da orientação da Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmuniciada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo. 2. Ordem concedida para, com base no art. 386, III, do CPP, absolver a paciente da acusação que lhe é dirigida por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido."* (HC 124.907/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 19/10/2011).

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA SUBTRAÍDA. ARMA DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INVIABILIDADE DE EXAME NESTA SEDE. REINCIDÊNCIA. CABIMENTO DE REGIME MAIS GRAVOSO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA EXPIAÇÃO. [...] 2. Segundo a orientação prevalente na Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmuniciada afasta a tipicidade do delito.[...] 6. Ordem denegada."* (HC 217.700/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 27/02/2012).

> *"Arma de fogo (posse irregular). Inexistência de munição (hipótese). Atipicidade da conduta (caso). 1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma. 2. Não comete, pois, crime de posse irregular de arma de fogo aquele que mantém, sob sua guarda, arma de fogo desmuniciada, mormente em se tratando de garrucha de fabricação artesanal sem nenhuma munição. 3. Ordem concedida."* (HC 86.624/MS, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 18/12/2009).

Na hipótese ficou comprovado que a arma que se encontrava sob a posse do recorrente não se encontrava municiada, e não há notícia nos autos de que estivesse o réu com a munição a pronta disponibilidade.

Assim, a conduta imputada não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de possibilidade de ofensividade jurídica, devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Nesse rumo colhe-se o seguinte julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> *"PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime)."* (Apel. Crim. nº 70011545696, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 08.06.2005).

Deste último precedente colhe-se a seguinte lição de Luiz Flávio Gomes:

> *"O STF (1ª Turma), desde 25 de maio de 2004, no ROHC 81.057-SP, firmou posição no sentido de que arma desmuniciada (e sem chance de ser municiada rapidamente) não constitui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo. A jurisprudência assentada pelos tribunais brasileiros, antes, era no sentido contrário (cf.: STJ, HC 14.747, Gilson Dipp, DJU de 19.03.01, p. 127). Esse entendimento assim como os votos dos Ministros Ellen Gracie e Ilmar Galvão (no referido ROHC 81.057-SP) tinham como fundamento a natureza abstrata do perigo incriminado pelo legislador.*
>
> *Isso tudo perdeu validade dentro do moderno Direito penal, guiado pelo princípio da ofensividade (cf. GOMES, Luiz Flávio, Princípio da ofensividade no Direito penal, São Paulo: RT, 2002). Todo tipo penal fundado literalmente em perigo abstrato deve ser interpretado e adequado à visão constitucional do Direito penal (assim: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que foram votos vencedores).*
>
> *Arma desmuniciada e, ademais, sem nenhuma possibilidade de sê-lo, não ostenta nenhuma potencialidade lesiva, porque não é apta para efetuar disparos. O Min. Sepúlveda Pertence, com o costumeiro acerto, foi ao cerne da questão: se a arma está desmuniciada não conta com potencialidade lesiva, logo, não é arma de fogo. Falta o objeto material do delito (sobre o qual recai a conduta do agente). Arma desmuniciada é arma, porém, não é fogo. E o que a lei incrimina (no Estatuto do Desarmamento) é a arma de fogo.*
>
> *O equívoco, que estava presente no voto da Min. Ellen Gracie, vem espelhado na confusão que se fez entre potencialidade lesiva e poder de intimidação. Não há dúvida que arma desmuniciada tem poder intimidativo e quando usada para ameaçar pessoas constitui o crime de ameaça, de roubo etc. Quando o ladrão aponta uma arma, num roubo, a vítima não pergunta se a arma está ou não municiada. Por isso que seu uso configura o roubo. Mas uma coisa é a arma usada como instrumento de um crime (de um roubo, por exemplo), outra distinta é a arma como objeto material do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo.*
>
> *Poder de intimidação também têm a arma de brinquedo, a arma inapta, a arma quebrada, a arma de sabão ou qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso Präventionstrafrecht), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o Verletzstrafrecht).*
>
> *A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a ideia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).*
>
> *O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados "crimes de posse" é fundamental constatar a*

> *idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniciada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.*
>
> *Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma. Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente enfocado."* (GOMES. Luiz Flávio. Arma desmuniciada versus Munição desarmada. 2004. Disponível em: <http://www.portalielf.com.br>. Acesso em: 05 jul. 2004, grifo nosso)."

Com todo o respeito, a dispensa de dano efetivo ou perigo de dano (concreto ou abstrato) a *outrem* não se coaduna com a teoria do delito e a faceta atual da ciência penal.

O Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni advertem para a impropriedade da construção doutrinária do "dano normativo", presumido pela norma:

> *"No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção pu nitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio [...] O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado [...] A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimi da, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo co mum. Por isso, para preservar o princípio do alterum non laedere de Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso."* (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et ali. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229)

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal.

Logo, a absolvição é medida que se impõe.

Ante o exposto, divirjo do e. Relatar para dar provimento ao recurso interposto por Valdiney Ribeiro de Oliveira Gomes, a fim de absolvê-lo nos termos do artigo 386, III, do CPP.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001390-33.2012.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDUTA EVENTUAL – HEDIONDEZ – EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL – PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS – REGIME ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DE PENA – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO.

O tráfico de drogas é equiparado ao crime hediondo, pois a regra decorre da Constituição Federal e da legislação aplicável, de sorte que a mera incidência da causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06) não tem o condão de modificar a sua natureza.

Condenação à pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão recomenda estabelecer o regime inicial aberto.

A fixação de pena de pouca monta possibilita sua conversão em restritivas de direitos, quando presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para adequar o regime prisional e conceder a substituição da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de recurso de APELAÇÃO interposto por RENATA DE CARVALHO contra a sentença que a condenou a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa pela prática do crime do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06.

Reclama o afastamento da hediondez da conduta, com a consequente fixação do regime inicial aberto e conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, já que fora reconhecida e aplicada em seu favor a diminuta da eventualidade.

Ao final, prequestiona a matéria recorrida.

Contrarrazões ministeriais pelo não provimento do apelo (f. 158/166).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 178/184).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

RENATA DE CARVALHO, inconformada com a sentença que a condenou ao cumprimento da pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa pela prática do crime do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06, interpõe a presente APELAÇÃO.

Consta na denúncia que, aos 25 de junho de 2012, por volta das 18h36min, no km 560, da BR 362, em Miranda, RENATA foi surpreendida no ônibus da empresa "Andorinha", que fazia o itinerário Corumbá / Campo Grande, trazendo consigo, no interior de um travesseiro, 1,757 kg (um quilo setecentos e cinquenta e sete gramas) de pasta-base de cocaína.

A pretensão recursal restringe-se à possibilidade de afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas, face o reconhecimento da eventualidade, e, consequentemente, à modificação do regime prisional e concessão da benesse prevista no art. 44, do Código Penal.

No tocante ao pedido defensivo, deve-se relembrar que a aplicação desta causa de diminuição havida como eventual não altera a natureza do crime de tráfico de drogas.

O tráfico de drogas, em si, não está elencado no rol dos crimes hediondos do art. 1º, da Lei n.º 8.072/90. Entretanto, tal delito recebe o mesmo tratamento dado aos hediondos por força de equiparação constitucional (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal) e infraconstitucional (art. 2º, *caput*, da Lei n.º 8.072/90).

Desta forma, não é possível admitir que a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, afaste a hediondez do crime sob alegação de que não estaria arrolado entre os hediondos. Repete-se: nenhuma conduta do tráfico de drogas está prevista como crime hediondo, sua equiparação advém da força da própria Carta Magna.

Assim sendo, deve-se atentar que a equiparação constitucional não estabelece qualquer distinção entre as condutas possíveis para o tráfico de drogas e, menos ainda, para a incidência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição – como é o caso dos autos.

Portanto, a equiparação constitucional deve prevalecer mesmo quando incidente a minorante, sob pena de desvirtuar a intenção do constituinte.

Já quanto ao regime prisional, após a decisão do Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no *habeas corpus* de n. 111.840/ES, reconhecendo a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de regime inicial fechado, deve-se orientar a fixação de regime pelos preceitos do art. 33, do Código Penal.

Tendo em consideração que as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis à condenada, principalmente pelo fato de a mesma não registrar outros antecedentes, deve iniciar a pena em regime aberto, conforme disposição do art. 33, § 2º, "c" c/c § 3º, do Código Penal.

Por fim, verificados os requisitos do art. 44, do mesmo *Codex*, deve ser garantida a conversão da pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo manejado por RENATA DE CARVALHO, para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Revisor).

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal).

É apelação interposta por Renata de Carvalho contra a sentença que o condenou à pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 194 dias-multa pela prática do crime do art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Pede o afastamento da hediondez da conduta, com a consequente fixação do regime inicial aberto e conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Em seu voto, o e. Des. Carlos Eduardo Contar, Relator, deu parcial provimento ao recurso a fim de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo acompanhado pelo e. Des. Manoel Mendes Carli, Revisor.

O recurso merece integral provimento.

É que, uma vez reconhecida a prática do tráfico na forma privilegiada, impõe-se afastar o caráter hediondo do delito, ponderada, nesse passo, a incongruência lógica em admitir-se a coexistência das previsões contidas no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com a hediondez preconizada pela Lei n. 8.072/90, sobretudo sob o prisma teleológico das normas.

A meu ver, quando o legislador pátrio previu causa especial de diminuição de pena para o réu primário, de bons antecedentes que não se dedicasse à atividade criminosa e nem integrasse organização criminosa, inseriu no delito de tráfico de entorpecentes uma modalidade privilegiada. E tal condição permite ao julgador concluir que a conduta do réu, nesses casos, merece um juízo de reprovação mais brando em comparação à praticada na figura típica do caput do art. 33, da Lei 11.343/06. Dessa forma, estaria afastado, também, o caráter hediondo a essa espécie delituosa.

Portanto, reconhecida a ocorrência do tráfico privilegiado, afastada está a natureza hedionda do delito, vez que esse não carece de um juízo tão extremo de reprovabilidade, deixando, assim, de ser equiparado aos delitos hediondos previstos na Lei n. 8.072/90.

Assim, todos os institutos que beneficiam o crime comum, tais como progressões, comutações, indulto e livramento condicional, ao condenado por tráfico privilegiado, devem ocorrer na forma da legislação comum e não conforme a legislação atinente aos crimes hediondos ou a eles equiparados.

Ante o exposto, acompanho em parte o e. Relator para dar provimento em maior extensão ao recurso, a fim de afastar o caráter hediondo do delito pelo qual o réu foi condenado.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000638-96.2010.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÂNSITO – DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA REDUZIDA – PARCIALMENTE PROVIDO.

Para restar caracterizado o crime de direção sem permissão ou habilitação, não basta que o agente não possua permissão (carteira nacional de habilitação) para a condução do veículo, é necessário que ocorra perigo real ou concreto. O que está configurada nos autos, pois chegou a atropelar um dos policiais que faziam a barreira de fiscalização.

Quanto à pena pecuniária, deve ser considerado, para sua fixação, além da extensão do dano a condição econômica do réu. Desse modo, embora fixada dentro dos parâmetros legais (três salários mínimos), tendo em vista que o réu exerce a função de gari, tenho que a prestação deve ser reduzida para 01 (um) salário mínimo para cada um dos delitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de maio de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por José Arnaldo Gonçalves da Silva, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 306 e 309 do CTB, às penas para cada delito de 06 meses de detenção e 10 dias-multa, bem como proibição de obtenção do documento por dois meses. Substituída por penas alternativas de prestação pecuniária de 03 (três) salários mínimo para cada crime.

Alega em resumo que não está configurado o delito de falta de habilitação para dirigir por não haver gerado perigo de dano, o que constituiria apenas infração administrativa vez que já fora condenado por dirigir embriagado. Requer a redução da pena pecuniária para meio salário mínimo.

O Ministério Público contra-arrazoou as fls. 199-207, combatendo integralmente as argumentações do apelante e pugnando pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 213-217 pelo parcial provimento, tão somente para reduzir a pena pecuniária para um salário mínimo para cada infração.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por José Arnaldo Gonçalves da Silva, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 306 e 309 do CTB, às penas para cada delito de 06 meses de detenção e 10 dias-multa, bem como proibição de obtenção do documento por dois meses. Substituída por penas alternativas de prestação pecuniária de 03 (três) salários mínimo para cada crime.

Alega em resumo que não está configurado o delito de falta de habilitação para dirigir por não haver gerado perigo de dano, o que constituiria apenas infração administrativa vez que já fora condenado por dirigir embriagado. Requer a redução da pena pecuniária para meio salário mínimo.

O apelo merece parcial provimento.

Dispõe o artigo 309 da Lei 9.503/2007: *"Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:"*

A referida norma penal tipifica um delito de perigo concreto, ou seja, é necessário que o agente, na condução do veículo automotor, gere perigo de dano ao objeto jurídico tutelado, que no caso é a segurança viária.

Assim, para restar caracterizado o crime de direção sem permissão ou habilitação, não basta que o agente não possua permissão (carteira nacional de habilitação) para a condução do veículo, é necessário que ocorra perigo real ou concreto, exige-se, segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, *prova da probabilidade de ocorrência do dano.*[1] O que está configurada nos autos, pois chegou a atropelar um dos policiais que faziam a barreira de fiscalização.

O Policial Edson Teixeira Ribeiro narrou em juízo a fl. 91:

> *"DEPOENTE: Então nós estávamos ali próximos à praça em frente à matriz fazendo estas abordagens, quando ele veio de moto inclusive ele nem atendeu a parada, que o Policial entrou na frente deu sinal pra ele parar e ele foi passando sabe? Foi passando e o Policial teve que sair da frente porque senão ele atropelava agora eu não sei se ele fez porque na intenção de fugir ou se ele de tão embriagado que ele estava que ele não viu, aí teve que segurar na garupa da moto no corpo dele, ele desequilibrou caiu e foi onde ele foi seguro, e percebemos o estado dele né, aí convidamos ele para fazer o teste do bafômetro e resultou na quantidade e ele falou que tinha bebido.*
>
> *MP: Falou que tinha quando?*
>
> *DEPOENTE: Falou que faz horas...*
>
> *MP: Mas ele falou que não possuía habilitação?*
>
> *DEPOENTE: É na abordagem ele já não tinha né, ele falou que não era.*
>
> *MP: Não era habilitado?*

1 Leis penais e processuais penais comentadas / Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DEPOENTE: É e fizemos a documentação e apresentamos na Delegacia, aí ele foi autuado.

[...]

DEPOENTE: É ele não obedeceu à ordem foi o Policial teve que pular porque senão ele seria atropelado por ele. Aí ele pulou, mas deu um empurrão na moto desequilibrou ele pra poder fazer a parada dele meio forçada né, e foi onde a gente percebeu que ele apresentava os sinais de embriaguez. Até quem abordou ele foi o Policial Hamilton eu estava ali próximo também, mas quando eu vi, ele já estava abordando já.

[...]"

No mesmo norte, o depoimento do Policial Rafael Britez Rocha a fl. 106:

"DEPOENTE: Com certeza, a gente estava fazendo blitz e aí mandamos o senhor parar, ele nem tinha visto a gente. Inclusive até atropelou um companheiro meu, precisou segurar, sorte que ele não está em alta velocidade. Ele caiu com a moto no chão, aí percebemos que ele estava...Ingerido bebida alcoólica e daí pedimos o documento para ele, ele conseguia mais ou menos falar pouco né, devido ao álcool que estava, daí a gente foi constatar que ele não tinha habilitação, daí a gente conduziu até a Companhia para fazer o teste de bafômetro. Aí foi constatado que ele estava realmente embriagado e sem habilitação."

Desta forma, extrai-se dos autos que o apelante conduzia a motocicleta perigosamente, de forma a gerar perigo de dano, inclusive atingindo um dos próprios policiais. Tanto é assim que só posteriormente constatou-se a embriaguez.

Assim, mantenho a condenação.

Quanto à pena pecuniária, assiste razão em parte ao apelante, devendo ser reduzida.

Conforme o que dispõe o artigo 45, § 1º, do CP, os limites para sua fixação são entre 01 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, devendo ser considerado, para sua fixação, além da extensão do dano a condição econômica do réu.

Desse modo, embora fixada dentro dos parâmetros legais (três salários mínimos), tendo em vista que o réu exerce a função de gari, tenho que a prestação deve ser reduzida para 01(um) salário mínimo para cada um dos delitos.

É certo que não pode ficar isento de pena, tampouco esta pode ser diminuída de forma a se tornar irrisória. Um salário mínimo como condenação para cada crime é valor capaz de cumprir o caráter retributivo da pena.

Deve ser ressaltado ainda que há a possibilidade de parcelamento da pena pecuniária, que deverá ser requerida e avaliada à época da execução da sentença condenatória, quando serão apreciadas as reais condições quanto ao estado financeiro do réu.

Isto posto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso tão somente para reduzir a prestação pecuniária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 06 de maio de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000683-13.2010.8.12.0055 - Sonora
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO E ART. 106, DO ESTATUTO DO IDOSO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – AMEAÇA – COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME – PALAVRA DA VÍTIMA TEM VALOR PROBATÓRIO – PARCIAL PROVIMENTO.

O delito previsto no art. 106, do Estatuto do Idoso, em relação ao estelionato é crime-meio, restando absorvido pelo crime-fim, incidindo assim, o Princípio da Consunção.

A materialidade e a autoria do crime de ameaça estão demonstradas nos autos, pelos depoimentos da vítima colhidos em juízo e na fase inquisitiva. A palavra da vítima, quando segura, coerente e sem contradições possui valor probante, posto que, na maioria dos casos, crimes dessa natureza são praticados na ausência de testemunhas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de abril de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público em face da sentença de fls. 133-147, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar Maria Antonia pela prática do delito previsto no art. 171, caput, do CP, à pena de 09 (nove) meses e 09 (nove) dias de reclusão, em regime aberto, e 08 (oito) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Em razões recursais (fls. 155-162), o apelante requer a condenação não apenas pelo crime de estelionato, mas também pelos delitos capitulados no art. 147, do CP e 106 do Estatuto do Idoso.

Em contrarrazões (fls. 165-170), a defesa requer a manutenção da sentença recorrida.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, as fls. 174-180, pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Maria Antônia foi denunciada pela prática dos seguintes fatos delituosos:

> *"[...]*
>
> *Segundo se apurou, a acusada era vizinha da família do Sr. Francisco, idoso e analfabeto, e teve conhecimento de que este havia acabado de receber a quantia de R$ 9.800,00 (nove mil e oitocentos reais), em decorrência de uma indenização trabalhista. Assim, no dia 27 de julho de 2008, pediu-lhe emprestado R$ 1.000,00 (mil reais), dizendo que iria devolver a quantia em janeiro de 2009, acrescida de juros. Como a vítima acreditou na palavra da acusada, foi, junto da filha Ana, à agência local dos Correios, correspondente do Banco Bradesco, sacou a importância com a ajuda da filha, e entregou-a à acusada.*
>
> *Passado algum tempo, o Sr. Francisco separou-se da esposa e foi morar em outro endereço, sozinho. Tomando conhecimento deste fato, a acusada procurou pelo Sr. Francisco e pediu-lhe emprestado, no mês de fevereiro de 2009, mais R$ 3.000,00 (três mil reais), ao argumento de que precisava socorrer sua família, que mora no Maranhão.*
>
> *Sensibilizado, o Sr. Francisco concordou em emprestar a quantia, dizendo à acusada que iria chamar sua filha para auxiliá-lo no saque, momento em que esta disse que isto não seria necessário, visto que ela mesma poderia acompanhá-lo na agência dos Correios e, junto dele, sacar a importância. O idoso concordou, o saque dos R$ 3.000,00 foi consumado com a intercessão da acusada, que ficou com a quantia, e prometeu que pagaria a vítima assim que possível.*
>
> *Passadas duas semanas, a acusada pediu à vítima o empréstimo de mais R$ 3.000,00 (três mil reais), sendo que o idoso novamente concedeu-lhe a quantia, acreditando que iria receber o total dos empréstimos, ao final, de uma só vez. Para o saque, a vítima foi novamente acompanhada pela acusada à agência dos Correios.*
>
> *Apurou-se ainda que, não satisfeita com o desfalque financeiro que já havia ocasionado à vítima, no início do mês de abril de 2009, a acusada induziu o Sr. Francisco a outorgar-lhe uma procuração, ao argumento de que iria abrir uma conta poupança para ele em uma agência bancária, na qual ela iria passar a depositar o dinheiro por ela devido.*
>
> *Aproveitando-se do fato de que a vítima à analfabeta, e idosa, sem discernimento suficiente para entender o funcionamento de uma agência bancária, a acusada, de início, foi com o Sr. Francisco à lotérica da cidade, onde disse que a conta iria ser aberta. Depois, junto dele, dirigiu-se ao Cartório de Notas da cidade, que fica a poucos metros da lotérica, e aí conseguiu que fosse lavrada uma procuração, por instrumento público, na qual o idoso outorgou-lhe poderes para representá-lo perante o Banco do Brasil, inclusive para abrir e movimentar uma conta corrente (fls. 13).*
>
> *Munida de tal procuração, a acusada abriu a conta corrente nº 18.925-1, agência 3937-3, do Banco do Brasil, e, já no dia 14.05.2009 realizou, por intermédio desta conta, o empréstimo de R$ 600,00 (seiscentos reais), a ser pago em 29 parcelas de R$ 42,54 (quarenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos), conforme extrato de fls. 15.*
>
> *Toda a farsa da acusada só foi descoberta porque o idoso adoeceu, e, ao ser socorrido por sua filha Ana, esta, por precisar de dinheiro para acudi-lo, foi aos Correios e ao Banco do Brasil, onde pode constatar o estrago que a acusada causou nas finanças de seu pai.*

> *Procurada por ambos (pai e filha) para serem reparados pelos prejuízos, a acusada ameaçou Ana de morte, dizendo-lhe: "é para você largar de mim de mão, senão sua vida vai durar minuto".*
>
> *Assim agindo, a increpada infringiu o disposto nos artigos 147, 171* caput*, ambos do CP, e no artigo 106 da Lei Federal n. 10.741/03 [...]."*

Sobreveio sentença (fls. 133-147) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar Maria Antonia pela prática do delito previsto no art. 171, caput, do CP, à pena de 09 (nove) meses e 09 (nove) dias de reclusão, em regime aberto, e 08 (oito) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Em razões recursais (fls. 155-162), o apelante requer a condenação não apenas pelo crime de estelionato, mas também pelos delitos capitulados no art. 147, do CP e 106 do Estatuto do Idoso.

O recurso deve ser parcialmente provido. Vejamos.

Do crime de ameaça

O apelante aduz que a vítima confirmou em juízo as ameaças que recebeu da apelada, enfatizando a necessidade de se conferir maior valor probante à palavra da vítima, posto que delitos desta natureza costumam ocorrer na clandestinidade, sem a presença de testemunhas.

O Juiz *a quo* absolveu a apelada da prática do referido crime nos seguintes termos:

> *"[...] apesar de Francisco e Ana terem afirmado na Delegacia de Polícia que foram vítimas de ameaças proferidas pela ré, inclusive oferecendo representação contra ela (f. 9-16), tem-se que, em juízo, Francisco afirmou não ter presenciado a ré ameaçando sua filha Ana e, ainda, não mencionou ter sido vítima de tal delito (f. 84):*
>
> *"O depoente não presenciou a acusada ameaçando sua filha, foi esta que lhe contou da ameaça".*
>
> *Portanto, não havendo outras testemunhas que confirmem as alegações constantes da denúncia, conclui-se ter restado isolado nos autos o depoimento de Ana, no sentido de que a ré teria a ameaçado.*
>
> *Nesse contexto, a absolvição é medida que se impõe, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. [...]."*

Assiste razão ao apelante.

A materialidade do delito está sobejamente demonstrada, posto que o relato prestado pela ofendida, quando coerente, sem contradições, como no caso em tela, aliado às demais evidências dos autos, constitui prova bastante da responsabilidade delitiva.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA.* ***AMEAÇA. ARTIGO 147 DO CP. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA.*** *CONDENAÇÃO. 1 - Nos crimes cometidos no âmbito doméstico (com violência ou ameaça), a palavra da vítima tem especial importância, já que, de regra, são cometidos na clandestinidade. O depoimento firme e coerente da vítima - ratificado pela palavra da sua genitora e da sua irmã - é suficiente a alicerçar um veredicto condenatório."* (Apelação Crime n. 70045575768, 3ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Francesco Conti, julgado em 24/11/2011).

A palavra da vítima, nos delitos dessa natureza, assume especial valor, sendo suficiente para amparar o decreto condenatório. A vítima, Ana, tanto na fase inquisitorial (fls. 06-07) quanto em juízo (fls. 86), confirmou que a apelada lhe proferiu ameaças, pessoalmente e por telefone, o fato de seu pai Francisco, também vítima, não ter presenciado as ameaças, não retira a credibilidade de sua palavra.

Pelo exposto, os pressupostos que ensejam o crime de ameaça estão satisfatoriamente preenchidos.

Do crime capitulado no art. 106, do Estatuto do Idoso

O apelante afirma que a conduta praticada pela acusada é típica e se adéqua perfeitamente ao tipo penal descrito no referido artigo, não havendo possibilidade de aplicação do princípio da consunção.

Da análise dos autos verifico que não há alteração a ser realizada neste tocante. A sentença foi proferida nos seguintes termos:

> *"[...] O Ministério Público imputou, ainda, à ré, a prática do delito de induzimento de pessoa idosa, sem discernimento, a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente, previsto no artigo 106, do Estatuto do Idoso.*
>
> *Todavia, para a perfeita adequação típica do fato, é necessário que a vítima, além de idosa, não possua pleno discernimento, isto é, que não esteja na plenitude de suas faculdades mentais, situação esta que não restou comprovada nos autos, tratando-se, portanto, de conduta atípica.*
>
> *Ademais, ainda que assim não fosse, é inequívoco que a outorga de procuração em favor da acusada não passou de uma mera fase de realização do crime previsto no artigo 171, do Código Penal, sem maior potencialidade lesiva.*
>
> *Assim, seria de se aplicar o princípio da consunção ao caso, reconhecendo que o fato se tratou apenas de meio para que a acusada alcançasse seu intento criminoso de obter vantagem indevida, induzindo em erro a vítima, tratando-se, portanto, de fato anterior impunível. [...]".*

Com efeito, restou comprovada a autoria, conforme se verifica da procuração as fls. 16-17, e dos depoimentos prestados pelo Sr. Francisco, afirmando não saber do que se tratava, que a intenção era abrir uma conta poupança:

> *"[...] e pediu que fossem até a Caixa (Lotérica) para fazer a poupança; QUE após saírem da Lotérica foram até o cartório, porém o declarante não sabia que era um Cartório, apenas acompanhou MARIA; QUE MARIA entrou primeiro e conversou com a funcionária sozinha, sendo que depois chamou o declarante para deixar as digitais, e a funcionária informou que iria precisar de três testemunhas [...]" (f. 10).*
>
> *"[...] o depoente passou uma procuração para a acusada achando que era para abertura de uma conta poupança. A Antonia falou que iria fazer uma poupança para o depoente, e que todo mês ela depositaria um "dinheirinho" para o depoente. O depoente é analfabeto e não sabia o que estava assinando. A oficial do cartório não leu o teor da procuração. [...]" (f. 87).*

Outrossim, verifica-se que a ré, utilizando a procuração e a conta que abriu em nome do Sr. Francisco, contraiu um empréstimo do Banco.

Porém, forçoso reconhecer que a conduta enquadra-se na elementar "meio fraudulento" prevista no artigo 171, do CP.

Inquestionável que a ação *"induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens",* prevista no art. 106, do Estatuto do Idoso, em relação ao estelionato é crime-meio, restando absorvido pelo crime-fim, incidindo assim, o Princípio da Consunção.

Dosimetria da pena

Mantenho a pena aplicada pelo magistrado de primeiro grau pelo crime de estelionato (art. 171, do CP), qual seja, 09 (nove) meses e 09 (nove) dias de reclusão, em regime aberto, e 08 (oito) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Passo a aplicação da pena pelo crime de ameaça:

1ª fase: a culpabilidade mostra-se normal à espécie, nada tendo a valorar; possui bons antecedentes; não há elementos suficientes nos autos para aferir a conduta social e personalidade do agente; motivos do crime são comuns ao tipo penal; circunstâncias e consequências do crime são inerentes ao delito.

Assim, as circunstâncias judiciais são favoráveis à ré, devendo a pena-base ser fixado no seu mínimo legal, qual seja, 01 (um) mês de detenção.

2ª fase: não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

3ª fase: não há causas de diminuição ou de aumento, restando a pena **definitivamente em 01 mês de detenção**.

Inexiste no caso, vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o art. 44, I, do CP, estipula que a substituição e permitida quando o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e no caso em tela houve apenas ameaça e não **grave** ameaça, autorizando assim, a substituição da pena corporal.

Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44, do CP, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por uma restritiva de direitos, por igual período, a ser determinada pelo juízo da execução.

Pelo exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para condenar a ré, também pelo crime de ameaça.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 29 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 1600042-07.2012.8.12.0000 - Eldorado
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – HOMICÍDIO CULPOSO – TRÂNSITO – PERDÃO JUDICIAL – EXTENSÃO – INAPLICABILIDADE – PROVIDO.

Para a concessão do perdão judicial há que se considerar *a gravidade da infração de forma a atingir o próprio agente de modo que a sanção penal se torne desnecessária*, circunstância esta que não restou comprovada nos autos, pois o sofrimento físico é resultado direto da colisão do veículo conduzido pelo réu e um caminhão e inservível para justificar a aplicação do perdão judicial por extensão, pois não foi provado que tenha havido sofrimento emocional ou psicológico advindo do fatídico evento que o impeça de prosseguir sua vida dentro da normalidade. Além disso, o perdão judicial é reservado a casos excepcionais, onde resta evidenciado um vínculo afetivo forte entre réu e vítima, com o qual, consequentemente, a sanção penal resta desnecessária, ou seja, a dor do agente ultrapassa a necessidade de reprimenda. Desta feita, ao contrário do que ocorre em relação ao irmão do sentenciado, ofendido Valtair Silva, quanto à vítima Carlos Pereira da Silva, com quem não guarda nenhum laço de afetividade, não está demonstrada a excepcionalidade do caso a ponto de ser caso de extensão do perdão judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de abril de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de fls. 212-214 que condenou Benhur Dias Sampaio pela prática do crime previsto no art. 302, *caput,*da Lei n. 9503/97 na forma do art. 70 do CP e concedeu o perdão judicial ao acusado e quanto ao crime do art. 303 do CTB, declarou extinta a punibilidade pela prescrição.

Impugna a extensão do perdão judicial concedido em razão da vítima que era irmão do autor à outra vítima com quem o apelado não teria laço de parentesco. Requer a condenação do acusado em razão da morte de Carlos Pereira da Silva.

A defesa contra-arrazoou as fls. 233-242, requerendo a manutenção da sentença. Prequestiona violação ao art. 121, §5º, CPP.

Parecer da PGJ as fls. 249-254 pelo provimento do recurso. Prequestiona violação ao art. 121, §5º, CPP.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de fls. 212-214 que condenou Benhur Dias Sampaio pela prática do crime previsto no art. 302, *caput,*da Lei n. 9503/97 na forma do art. 70 do CP e concedeu o perdão judicial ao acusado e quanto ao crime do art. 303 do CTB, declarou extinta a punibilidade pela prescrição.

Impugna a extensão do perdão judicial concedido em razão da vítima que era irmão do autor à outra vítima com quem o apelado não teria laço de parentesco. Requer a condenação do acusado em razão da morte de Carlos Pereira da Silva.

O apelo merece provimento.

A sentença invectivada fundamentou para extensão do perdão judicial ao réu quanto à vítima Carlos Pereira da Silva que não guarda nenhum grau de parentesco com o condenado:

> *"[...]*
>
> *Pelo exposto, condeno BENHUR DIAS SAMPAIO por homicídio culposo no trânsito, artigo 302, caput, da Lei 9.503/97, por duas vezes, combinado com o artigo 70 do CP (concurso formal).*
>
> *Em relação à aplicação da pena, há de ser analisado o perdão judicial. Ao que consta dos autos, o condenado ficou internado após o acidente. Suas declarações no sentido de que sofreu traumatismo craniano (fls. 49, 50, e 110) e que teve sérias sequelas em razão do acidente estão confirmadas pelo laudo de exame de corpo de delito à fl. 81. Com relação a uma das vítimas fatais ser seu meio-irmão, tal situação está comprovada pelo atestado de óbito da vítima e todos os termos de identificação do condenado, a exemplo os de fls. 92, 110 e a própria denúncia.*
>
> *Como é pacífico, e previsto no § 5º do artigo 121 do CP, o juiz deve aplicar o perdão judicial quando as consequencias do crime atingirem o condenado de forma tão grave que a sanção penal seja desnecessária. No caso destes autos se apresenta o sofrimento físico próprio, e o sofrimento moral em razão da perda do irmão.*
>
> ***O perdão judicial se extende ao crime praticado contra a outra vítima que não era sua parente. Em primeiro lugar em razão do sofrimento físico próprio. Em segundo lugar porque o fundamento do privilégio está na desnecessidade da resposta penal, assim não tem sentido manter a pena em relação à morte daquele que não era parente.[...]"*** – grifei.

Para a concessão do perdão judicial há que se considerar *a gravidade da infração de forma a atingir o próprio agente de modo que a sanção penal se torne desnecessária*, circunstância esta que não restou comprovada nos autos, pois o sofrimento físico é resultado direto da colisão do veículo conduzido pelo réu e um caminhão e inservível para justificar a aplicação do perdão judicial por extensão, pois não foi provado que tenha havido sofrimento emocional ou psicológico advindo do fatídico evento que o impeça de prosseguir sua vida dentro da normalidade.

Com efeito, não há evidências de que o óbito da vítima Carlos Pereira da Silva tenha provocado intenso sofrimento no agente.

Além disso, o perdão judicial é reservado a casos excepcionais, onde resta evidenciado um vínculo afetivo forte entre réu e vítima, com o qual, consequentemente, a sanção penal resta desnecessária, ou seja, a dor do agente ultrapassa a necessidade de reprimenda.

Desta feita, ao contrário do que ocorre em relação ao irmão do sentenciado, a vítima Valtair Silva, quanto à vítima Carlos Pereira da Silva, com quem não guarda nenhum laço de afetividade, não está demonstrada a excepcionalidade do caso a ponto de ser caso de extensão do perdão judicial.

O instituto é somente aplicável em relação à vítima cuja morte efetivamente tenha gerado ao réu tamanho sofrimento, a ponto de tornar-se desnecessária a punição, no caso, o irmão do acusado, Valtair Silva.

Neste sentido, os julgados:

> ***Ementa:*** *APELAÇÃO CRIME. ARTIGO 302, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. COMPROVADAS MATERIALIDADE, AUTORIA E A CULPA DO RÉU NO SINISTRO, A CONDENAÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE. PERDÃO JUDICIAL. INSTITUTO CONCEDIDO AO RÉU APENAS EM RELAÇÃO A UMA DAS VÍTIMAS, CUJO ÓBITO COMPROVADAMENTE LHE GEROU INTENSO SOFRIMENTO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO PERDÃO. IMPOSSIBILIDADE. APELO MINISTERIAL PROVIDO.* (Apelação Crime n. 70050573146, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 30/01/2013). Data de Julgamento: 30/01/2013. Publicação: Diário da Justiça do dia 07/02/2013.

> ***Ementa:*** *APELAÇÃO CRIME. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. TESTE DE ALCOOLEMIA. VALIDADE, ETILÔMETRO. DISPENSABILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE. [...] PERDÃO JUDICIAL. LAÇOS AFETIVOS. INVIABILIDADE. Inexistem provas em relação à existência de estreitos laços afetivos entre o réu e a vítima, aptos a causar severa dor emocional ao primeiro - que não pode ser confundida com mero arrependimento ou sentimento de culpa. Assim, não há razão para a concessão do perdão judicial, devendo ser mantida a condenação de primeiro grau nos termos em que proferida. [...]* (Apelação Crime n. 70043166446, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 28/09/2011).

Desta feita, acolho o recurso Ministerial e afasto a extensão do instituto do perdão judicial em relação ao delito praticado contra a vítima Carlos Pereira da Silva, devendo ser a pena aplicada pelo juiz da causa, sob pena de supressão de instância.

Isto posto, com o parecer, dou provimento ao recurso Ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 29 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0008731-55.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO PRIVILEGIADO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME MAL SOPESADAS – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELO PRIVILÉGIO – DESCABIMENTO – PENA DE RECLUSÃO SUBSTITUÍDA PELA DE DETENÇÃO – DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Impossível a redução da pena-base mediante o afastamento da valoração negativa das circunstâncias do crime se bem destacada a maior gravidade da conduta representada pela participação de menor na empreitada delitiva.

II – Não obstante em outros julgados já tenha manifestado em sentido contrário, revi meu posicionamento, para me alinhar ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é errôneo valorar negativamente os motivos do crime em razão do delito ter sido praticado para aquisição de drogas.

III – A fixação da pena deve respeitar ao princípio da proporcionalidade, orientando-se em conformidade com o art. 59 do Código Penal. A constatação de circunstâncias judiciais negativas legitima a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sempre com a prudência de se buscar a ressocialização do indivíduo. *In casu*, inobstante reconhecer-se a discricionariedade do magistrado na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, não houve proporcionalidade na majoração realizada, circunstância a ensejar a oportuna retificação.

IV – Uma vez reconhecido o privilégio no crime de furto, caberá ao julgador eleger o efeito a ser observado (substituição da pena de reclusão pela de detenção; diminuição da pena de 1 a 2 terços, ou; aplicação isolada da pena de multa), sendo que na hipótese vertente a opção pela substituição da pena de reclusão pela de detenção restou bem fundamentada na necessidade de maior repreensão da conduta, não havendo, pois, qualquer reparo a ser realizado.

V – Recurso parcialmente provido para reduzir a pena-base, resultando a reprimenda, ao final, em 01 ano, 02 meses e 12 dias de detenção e 06 dias-multa, mantendo-se o regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Naor da Silva do Prado interpõe o presente recurso de apelação criminal em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 155, §§ 2º e 4º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, inflingindo-lhe a pena de 01 ano e 09 meses de detenção em regime inicial aberto e 47 dias-multa.

Pugna, nas razões, pela redução da pena-base ao mínimo legal e pela aplicação da causa de diminuição pelo furto privilegiado na fração máxima de 2/3 (fls. 199-202).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (fls. 205-209).

Com vistas, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do apelo (fls. 218-220).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Naor da Silva do Prado interpõe o presente recurso de apelação criminal em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 155, §§ 2º e 4º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, inflingindo-lhe a pena de 01 ano e 09 meses de detenção em regime inicial aberto e 47 dias-multa.

Pugna, nas razões, pela redução da pena-base ao mínimo legal e pela aplicação da causa de diminuição pelo furto privilegiado na fração máxima de 2/3.

Passo à análise da irresignação recursal.

Ab initio, em relação a pena-base, observa-se que foi fixada em conformidade com os seguintes parâmetros:

> *"[...] Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do réu, não deve lhe prejudicar, porquanto foi de todo comum para este tipo de delito; os antecedentes (fls. 53) não lhe prejudicam, porquanto inexiste sentença condenatória transitada em julgado sem o condão de gerar reincidência; não há elementos nos autos capazes de aferir sua conduta social ou sua personalidade, modo que não lhe prejudicam; os motivos da infração penal devem aumentar a pena-base, porquanto o injusto foi praticado objetivando a aquisição de entorpecentes; as circunstâncias apresentam peculiaridades que justifiquem o aumento da pena, tendo em vista que o acusado praticou o crime acompanhado de adolescente; as consequências do crime também não devem lhe prejudicar, já que a res furtiva foi restituída à vítima; o comportamento da vítima em nada influenciou a prática do crime.*
>
> *Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa. [...]."*

Como se vê, influíram para a exasperação da pena-base a valoração negativa dos motivos e das consequências do crime.

Os motivos do crime não devem ser tidos como desabonadores.

Consoante entendimento jurisprudencial consagrado, a mera referência à prática do delito para fins de aquisição de entorpecentes não resulta em fundamentação apta a considerar desfavorável a referida moduladora.

Nessa linha é o posicionamento do e. Superior Tribunal de Justiça, conforme recente aresto que segue:

> *"[...] 6. É errôneo valorar negativamente a motivação se o crime foi cometido com a finalidade de obter de dinheiro para comprar drogas, mormente porque '[t]al circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação' (HC 113.011/MS, 6ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010). [...] 9. Habeas corpus parcialmente concedido, para diminuir a pena-base ao mínimo legal. [...]."* (*HC* 167.936; Proc. 2010/0059557-0; MG; Quinta Turma; Relª. Minª. Laurita Vaz; em 02/08/2012; DJE 13/08/2012).

No que toca às circunstâncias do crime, preleciona Ricardo Augusto Schmitt que não *"os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade*, *[...] não podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora*" (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 104).

Nesse prospecto, a fundamentação declinada se revela suficiente para considerar desabonadoras as circunstâncias do crime, eis que o delito foi praticado valendo-se de um adolescente, circunstância a representar maior gravidade, em que pese toda a argumentação explanada pela Defesa, que, aliás, ouvida de todo um arcabouço normativo e principio lógico (inclusive constitucional) que buscam justamente conferir proteção aos menores de idade.

Além disso, se faz imperioso registrar que a fixação da pena deve respeitar ao princípio da proporcionalidade, orientando-se em conformidade com o art. 59 do Código Penal. Portanto, a constatação de circunstâncias judiciais negativas realmente poderá legitimar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, porém sempre com a prudência de se buscar a ressocialização do indivíduo.

Calha ao tema trazer os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

> *"[...] são Princípios regentes da pena os seguintes: Princípio da Personalidade ou da Responsabilidade Pessoal, que significa ser a pena personalíssima, não podendo passar da pessoa do delinqüente (Art. 5.º, XLV, CF); Princípio da Legalidade, que significa não poder a pena ser aplicada sem cominação legal – nulla poena sine praevia lege (Art. 5.º, XXXIX, CF); Princípio da Inderrogabilidade, que significa ser a pena inderrogável, uma vez constatada a prática da infração penal, ou seja, não pode deixar de ser aplicada (consequência da legalidade); Princípio da Proporcionalidade, que significa deve ser apena proporcional ao crime, guardando equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta (art. 5.°, XLVI, CF), Princípio da Individualização- demonstrando que, para cada delinqüente, o Estado-Juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se a pena-padrão, nos termos estabelecidos pela Constituição [...]"* (Manual de Direito Penal, 2.ª ed. RT:São Paulo, p. 365).

In casu, inobstante reconhecer-se a discricionariedade do magistrado na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, entendo que a Defesa tem razão ao pretender redução a patamar mais adequado, porquanto resta nítido não ter ocorrido proporcionalidade na majoração realizada, já que em face de apenas 02 circunstâncias judiciais desabonadoras, a reprimenda foi elevada em 01 ano e 06 meses.

Assim, a pena-base deverá ser reduzida mediante o afastamento da valoração negativa dos motivos do crime, fixando-a em patamar proporcional, operação que reservo para momento posterior, haja vista que ainda resta pretensão recursal a ser analisada.

Por fim, em relação à pretendida aplicação da causa de diminuição do furto privilegiado, melhor sorte não socorre à Defesa.

Vejamos.

Nos exatos termos do § 2º do art. 155 do Código Penal *"se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa"* .

Desse modo, se o julgador reconhece a figura do furto privilegiado, declinará as razões pelas quais aplicará quaisquer dos privilégios constantes no § 2º do art. 155 do Código Penal.

Em abono, colho trecho da doutrina de escol de Cleber Masson:

> *"[...] O raciocínio é este: se presentes os requisitos legais, o magistrado deve reconhecer o privilégio e aplicar seus efeitos. O que ele pode é simplesmente optar por alguma (ou algumas, na hipótese de compatibilidade) das suas consequências. Está obrigado a conhecer do benefício previsto no art. 155, § 2.º, do Código Penal, nada obstante tenha a faculdade de escolher os efeitos que serão por ele proporcionados [...]."* (Direito Penal Esquematizado – Parte especial, 3ª ed., RJ:Forense, SP:Método, 2011, p. 324).

Com efeito, o emérito julgador monocrático, ao reconhecer o privilégio, substituiu a pena de reclusão pela de detenção, aduzindo que:

"[...] No mais, cabível a aplicação do disposto no art. 155, § 2º, do CP, apenas altero de reclusão para detenção, uma vez que necessária maior repreensão da conduta praticada pelo denunciado. [...]."

Como se observa, a escolha do efeito do privilégio está fundamentada na necessidade de maior repreensão da conduta, não havendo, pois, falar em retificação da operação a fim de que fosse aplicada a causa de diminuição, já que o julgador não está obrigado a aplicá-la em todas as hipóteses, pois se trata de ato discricionário.

Considerando que o recurso foi considerado parcialmente procedente para afastar a valoração de uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e também para fixar a pena-base em patamar mais adequado e proporcional, procedo com a retificação da dosimetria.

Pois bem.

A culpabilidade em nada excede a normalidade; os antecedentes são imaculados; quanto à conduta social e personalidade não foram colhidos elementos hábeis à eventual valoração negativa; os motivos do crime não desbordam da normalidade; as circunstâncias do crime operam em demérito, pelas razões declinadas no juízo *a quo*; as consequências do crime não foram graves; o comportamento da vítima em nada influenciou na prática do delito.

Posto isso, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 02 anos e 06 meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Incidindo as atenuantes da menoridade penal relativa e da confissão espontânea**, reduzo a reprimenda ao seu patamar mínimo de 02 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.**

Em atenção à causa de diminuição decorrente da tentativa aplicada originariamente em 2/5, a pena será conduzida a 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão e 06 dias-multa. Em razão da aplicação do privilégio, a pena de reclusão será substituída pela de detenção, conforme motivação exposta na sentença, razão pela qual **fixo definitivamente a reprimenda em 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de detenção e 06 (seis) dias-multa.**

As demais disposições constantes da sentença permanecerão inalteradas, especialmente no que diz respeito ao regime prisional fixado (inicial aberto) e às penas restritivas aplicadas (prestação pecuniária e de serviços).

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, ante ao exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Naor da Silva do Prado para reduzir a pena-base, fixando a reprimenda ao final em 01 ano, 02 meses e 12 dias de detenção e 06 dias-multa, mantendo-se a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por 02 restritivas de direitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 0605351-75.2012.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

E M E N T A - REVISÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ALMEJADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – *RES* RELEVANTE – ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – RÉU QUE OSTENTA REGISTROS PELO COMETIMENTO DE OUTROS CRIMES PATRIMONIAIS – PERICULOSIDADE SOCIAL DA CONDUTA – REVISÃO INDEFERIDA.

I – Para a incidência do princípio da insignificância, são necessários a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. *In casu*, a conduta não pode ser considerada irrelevante para o Direito Penal, pois a *res furtiva* (animal de estimação), malgrada a quantificação econômica, possui valor revelante para vítima. Outrossim, além do bem ser relevante, o réu desponta tratar-se de pessoa voltada à delinqüência, porquanto registra envolvimento com diversos crimes patrimoniais. Dessa forma, a revisão criminal não comporta acolhimento, mormente quando se observa que a pretensão ora formulada foi refutada por ocasião da sentença monocrática, inexistindo, assim, decisão manifestamente contrária à evidência dos autos, senão apenas a reiteração de pedidos.

II – Revisão indeferida, com o parecer.

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, indeferir a revisional, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de abril de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Fabio Antonio Alves formula o presente pedido revisional em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas, que o condenou como incurso no art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal, inflingindo-lhe a pena de 04 anos e 06 meses de reclusão e 45 dias-multa.

Refere, na inicial, que a *res* foi avaliada em R$ 30,00 (atualizado em R$ 69,00) e que, *"diante do valor ínfimo da quantidade de material do objeto do delito, o mesmo deve ser considerado uma bagatela"*. Assim, requer seja julgado procedente o pedido para anular a sentença monocrática, absolvendo o requerente mediante o reconhecimento da atipicidade da conduta. Prequestiona, ao final, a violação ao principio da dignidade da pessoa humana; ao princípio da insignificância; ao princípio da ofensividade; ao princípio

da legalidade (art. 5º, II, Constituição Federal/88); ao art. 5º, inciso III, da Constituição Federal/88; ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade; ao art. 93, inciso IX da Constituição Federal/88, e; ao art. 155, §4, inciso IV do Código Penal (p. 01-07).

Com vistas, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento da revisão criminal (p. 22-26).

VOTO EM 26/03/2013:

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Fabio Antonio Alves formula o presente pedido revisional em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas, que o condenou como incurso no art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal, inflingindo-lhe a pena de 04 anos e 06 meses de reclusão e 45 dias-multa.

Refere, na inicial, que a *res* foi avaliada em R$ 30,00 (atualizado em R$ 69,00) e que, "*diante do valor ínfimo da quantidade de material do objeto do delito, o mesmo deve ser considerado uma bagatela*". Assim, aduz que a sentença é frontalmente contrária à intelecção do princípio da insignificância, requerendo, portanto, seja julgado procedente o pedido para anular a sentença monocrática, absolvendo o requerente mediante o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Passo à análise do pedido revisional.

Em que pese a robustez das razões lançadas na inicial, a pretensão não comporta acolhimento.

Ab initio, impende ressaltar que malgrado o fundamento que dá suporte ao pedido, ou seja, a afronta à evidência dos autos, encontrar correspondência no inc. I do art. 621 do Código de Processo Penal, resta nítido que o real intento é o de provocar a reanálise de questões já apreciadas, distorcendo assim a finalidade da ação revisional.

Restou assentado na sentença que:

> *"[...] Recebida a denúncia (f.57), o réu foi regularmente citado e interrogado, oportunidade em que ofertou defesa prévia. Iniciada a fase instrutória e colhidos os depoimentos testemunhais, na fase do artigo 499 do CPP acusação e defesa nada requereram, seguindo-se manifestação final.*
>
> *Em alegações finais escritas, o Ministério Público pugnou condenação do réu nos termos da denúncia.*
>
> *A Defesa, por sua vez, requer a absolvição do réu, o que faz invocando o princípio da insignificância.*
>
> *É o relatório.* ***Decido****.*
>
> *Trata-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público Estadual onde denuncia o réu FÁBIO ANTÔNIO ALVES pela prática delitiva de furto qualificado por concurso de pessoas (artigo 155, § 4º, inc. IV do Código Penal).*
>
> *Narram os autos que no dia 27 de junho de 2002, o réu Fábio Antônio Alves, em conluio com Alessandro Luis Gomes, este já falecido (certidão de f.23), subtraíram para si um cachorro da raça boxer, cor caramelo, com três meses de idade, avaliado em R$30,00, pertencente à Lucenira Jovelina dos Anjos.*

*A **materialidade** do delito vem positiva nos autos pelo Boletim de Ocorrência (f.06), Auto de Exibição e Apreensão (f.07), Auto de Entrega (f.08) e Auto de Avaliação (f.32).*

*A **autoria** do delito é certa. Vejamos:*

A testemunha policial Valdenir Manzano Camacho, ao ratificar em juízo as declarações prestadas ainda na fase inquisitória (f.34/vº), esclareceu que a autoria delitiva foi descoberta em razão do réu Fábio e seu comparsa Alessandro, quando da elucidação de outros crimes, confessarem e delatarem-se mutuamente em relação ao furto em tela. Acrescentou a testemunha que foi por indicação do próprio réu que conseguiu localizar a res furtiva.

Com efeito, em depoimento judicial (f.113), a testemunha Valdenir asseverou:

*'[...] que na data dos fatos, ao que se recorda, o réu Fábio, em companhia de Alessandro, vulgo 'Pecus', prestavam esclarecimentos na Delegacia, **quando na ocasião confessaram a autoria do furto da cachorra que trata a denúncia**. Lembra-se, ainda, de que **na mesma ocasião foi indicado pelo réu Fábio, ou por Alessandro, o local onde haviam vendido a cachorra furtada**. Por isso então, conseguiram identificar o referido local, onde foi encontrada a cachorra furtada, em poder de Osvaldo, isso por indicação dos próprios autores do furto [...].'* Grifo nosso.

De outro tanto, a vítima Lucenira Jovelina dos Anjos, em sede inquisitorial (f.15), esclarece como ocorreu o furto e sua elucidação. Vejamos:

'[...] Declara que é proprietária de uma cadela, raça boxer, cor caramelo, peitos e patas brancas, de três meses de idade, atendendo pelo nome de Mel; Que, tem a informar que no dia 27 de junho do corrente ano era madrugada, por volta das 01:00 horas, quando ouviu um barulho de um brinquedo de sua cachorra [...] Que, aguardou o amanhecer e percebeu que sua cachorra havia sido furtada [...] Que, entretanto no dia 29 de junho estivera em sua residência um Policial, onde perguntou-lhe se havia sido furtada uma cachorra que confirmou e então o policial que estava com uma pessoa dentro da viatura, pediu-lhe que viesse registrar a ocorrência, pois poderia ser localizada [...] Que, seguidamente foi procurada pelo Agente Valdenir, onde apresentou a cachorra e viu que era da mesma [...].'

Entretanto, o réu e seu comparsa, interrogados, apresentaram versões conflituosas aos fatos. Vejamos:

Inicialmente, o réu Fábio Antônio Alves, em interrogatório na fase policial (f.09), a despeito de negar a execução do delito, atribuiu a autoria do mesmo ao seu comparsa Alessandro (vulgo 'Pecus') dizendo o seguinte:

*'[...] **Que, quem furtou a cadela raça boxer, cor amarelo, foi seu amigo PECUS**; que, estava em sua casa, quando PECUS chegou com a cachorra e em seguida saiu dizendo que iria vender na ZONA VELHA; Que, PECUS retornou dizendo que havia vendido para um tal NEGÃO da Zona Velha [...] Que, não sabe informar por quanto PECUS vendeu e tão somente que foi a troco de 'uma paradinha de craque' [...] **Que, nessa ocasião PECUS lhe deu uma 'parada' porque é viciado em drogas** [...] Que, já foi processado por duas vezes por furto, e encontra-se de condicional [...].'* Grifo nosso.

Em interrogatório judicial (f.96), o réu negou novamente a acusação e argumentou que "[...] apesar de conhecer Alessandro e com ele ter praticado outros furtos, nunca furtou uma cachorra junto com Alessandro [...]". Destaquei.

Neste rumo, malgrado seja o réu multireincidente na prática de crimes contra o patrimônio, no caso em comento, não fez qualquer prova que militasse em seu favor. Ao contrário, confessou que executou diversos delitos na companhia de Alessandro e atribuiu exclusivamente a este, já falecido, a autoria do crime.

Contudo, na única oportunidade em que fora interrogado, o comparsa do réu, Alessandro Luis Gomes, confessou a autoria delitiva e ***delatou*** *o réu Fábio A. Alves. Veja o que disse Alessandro perante a autoridade policial (f.12):*

'[...] Que, aceita a imputação que ora lhe é feita, e em data que não se recorda, ***estava em companhia de Fabinho, quando passaram defronte a rua Bom Jesus, no Bairro Vila Nova, e ali viram uma cachorra e resolveram furtar****; Que, após terem furtado, foram até a Zona Velha e ali venderam a cachorra por cinco reais, para a pessoa de Negão; Que, ficou na esquina e Fabinho retornou dizendo que havia vendido por cinco reais, e em seguida foram até o Bairro Interlagos [...] quando Fabinho comprou 'craque' com o dinheiro [...]* ***Que, vendeu a cachorra foi o FABINHO****, e o interrogando alega apenas que foi junto em todos os momentos [...].' Grifo nosso.*

Neste passo, é evidente que a negativa do réu encontra-se isolada no conjunto probatório.

Primeiro porque o comparsa do réu, Alessandro L. Gomes, narra com detalhes como se deu a empreitada delitiva e não mostra qualquer animosidade contra o réu, o qual chamava por 'Fabinho', para que lhe atribuísse falsamente a co-autoria do delito.

Depois, são coincidentes e harmônicos entre si os detalhes da empreitada delitiva, narrados tanto pelo réu, quanto por seu comparsa, ainda na fase inquisitória: o réu afirmou saber que a res furtiva fora vendida a pessoa apelidada de 'Negão', residente na 'Zona Velha' desta cidade, por um ínfimo valor que foi trocado por entorpecente.

Inobstante a isso, prova de que o réu executou o delito está também no fato de ser o réu quem indicou aos policiais onde o cachorro furtado poderia ser encontrado.

Nessa situação, crível acreditar na versão sustentada pelo comparsa do réu, Alessandro Luis Gomes, de que o réu Fábio co-atuou no furto do cachorro, sendo a condenação do denunciado a medida de rigor.

DA QUALIFICADORA

Conforme exaustivamente explanado na fundamentação, restou demonstrado que o réu agiu em conluio de vontade com Alessandro Luis Gomes, já falecido, para a prática delitiva, sendo a incidência da qualificadora por concurso de agentes pertinente ao caso em comento.

Diante de todo o exposto, ***julgo*** *PROCEDENTE a denúncia e* ***CONDENO*** *o réus* ***FÁBIO ANTÔNIO ALVES****, já qualificado no intróito, nas penas do artigo 155, § 4º, inciso IV do Código Penal. [...]." - sublinhei.*

Como se observa, o requerente cinge-se a argumentar que a sentença afronta a evidência dos autos, pretensão que se revela inviável, porquanto incorre na vedação do parágrafo único do art. 622 do Código de Processo Penal, que diz que "*não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas*".

É cediço que para se averiguar o relevo material da tipicidade penal há que se aferirem algumas circunstâncias, a saber: a) a ofensividade da conduta do agente – que deve ser mínima; b) a periculosidade

social; c) o alto grau de reprovabilidade do comportamento – que deve ser reduzido; d) bem como deve ser inexpressiva a lesão jurídica provocada.

Não basta para a admissão do princípio da insignificância que a *res* possua valor reduzido, pois, embora os reflexos econômicos no patrimônio da vítima constituam um importante aspecto a ser analisado, o crime de bagatela não se resume à diminuta quantificação econômica da coisa, abrangendo a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado que, no caso *sub oculi*, além do patrimônio da vítima, abarca a própria segurança social.

No caso em apreço, houve tentativa de furto de um cão – da raça boxer, de 03 meses de idade –, animal de estimação, de modo que, embora avaliado em R$ 30,00, não pode ser considerado como irrelevante. Ao revés, a *res* deve ser considerada como inapreciável, dado que certamente possui grande relevância para a vítima, que, não fosse assim, jamais teria envidado esforços no sentido de registrar a ocorrência e recuperar o animal.

E não é só. As circunstâncias que permeiam o delito denotam certa periculosidade social da conduta, porquanto, conforme consignado na sentença, o requerente é multirreincidente em crimes patrimoniais.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AGENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. INAPLICABILIDADE. NÃO PROVIMENTO. O princípio da insignificância somente deve ser reconhecido se a conduta não afetar o bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, indiferentemente ao valor prévio atribuído ao objeto do ilícito; caso em que restará afastada a tipicidade conglobante. Outrossim, não é de se aplicar a bagatela quando a mesma se mostrar insuficiente para quem faz do crime seu meio de vida, reincidindo na prática de crimes contra o patrimônio. (Procurador de Justiça - Exmo. Sr. Dr. Gerardo Eriberto de Morais)."* (TJMS; ACr-Recl 2012.003048-8/0000-00; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 13/03/2012; Pág. 56).

Ora, a revisão criminal não se presta como instancia recursal, devendo ser utilizada nas hipóteses expressamente delineadas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Na hipótese, são utilizados os mesmos argumentos já lançados nas alegações finais, os quais foram refutados quando da prolação da sentença de mérito. Diga-se de passagem, em face da sentença condenatória não foram opostos embargos ou mesmo interposto o recurso de apelação.

Portanto, a pretensão revisional não comporta acolhimento, inexistindo a alegada atipicidade da conduta, uma vez que o caso se distancia da hipótese ensejadora da aplicação do princípio da insignificância.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, indefiro o pedido revisional.

A Srª.Desª.Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora).

De acordo com o Relator.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (2º Vogal).

De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (4º Vogal).

De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (5º Vogal).

Relembrando. Cuida-se de *Revisão Criminal* manejada por Fabio Antonio Alves objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas, que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 45 (quarenta e cinco) dias-multa pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal (furto qualificado pelo concurso de pessoas).

Pede, em suma, o reconhecimento do princípio da insignificância, conquanto a *res furtiva* foi avaliada em apenas R$ 30,00 (atualizado em R$ 69,00), o que não ensejaria a atuação do Direito Penal.

O Des. Francisco Gerardo de Souza, e. Relator, não acolheu a pretensão defensiva ao argumento de que o valor econômico não é o único norteador da verificação da natureza bagatelar da conduta, impondo-se a análise também da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a qual no caso, seria verificável de plano, já que se trata de animal de estimação e, por isso mesmo, não pode ser considerado como um bem irrelevante, mas sim de valor inapreciável.

Ademais, entende que a reincidência do requerente obstaria o reconhecimento do princípio da insignificância.

Vou divergir.

A doutrina compatível com o Estado Democrático de Direito leciona que o Direito Penal só deve intervir e impor sanções quando houver absoluta necessidade, ou seja, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico protegido, o qual deve ser relevante e essencial, for intolerável e, mesmo assim, depois de esgotados todos os meios não-penais de proteção.

Por isso mesmo, modernamente, busca-se um Direito Penal de intervenção mínima, excluindo do âmbito da proibição penal as infrações leves. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena, e dos que convém excluir, em princípio, a sanção penal, suprimindo a infração, modificando ou atenuando a pena existente.

Embora não previsto formalmente em lei, o princípio em comento possui natureza jurídica de causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, permitindo ao julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de importância ínfima para o Direito Penal.

Nesse aspecto, deve-se observar a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que ao julgador só cabe *"lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida"* (STF- HC 100177, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-03 PP-00575). E especificamente em relação ao crime de furto:

> *"A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados."* (HC 97129, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-100, DIVULG. 02-06-2010, PUBLIC. 04-06-2010, EMENT. VOL.-02404-02, PP-00300, RT v. 99, n. 901, 2010, p. 507-509).

O pacífico reconhecimento da aplicação do referido princípio, levou a Suprema Corte a apontar critérios para sua utilização, quais sejam: *"(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada."* (STF - HC nº 93.453 - Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe. 02.10.2009. p. 133).

> É que *"para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Necessário que a vítima experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. [...] Pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. [...] Desfalque praticamente nulo ao patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente."* (STF - HC nº 92411/RS - Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 1ª Turma. DJe. 09/05/2008).

Frise-se que o fundamento do princípio em comento se subsume também na ideia de proporcionalidade, que deve guardar relação à gravidade do delito praticado e o grau de lesividade do bem jurídico tutelado.

Conforme já advertiu o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, ***"o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias"*** (Apelação Crime n. 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 03/06/2009).

In casu, compulsando detidamente os autos, a conduta narrada na denúncia se amolda perfeitamente ao aludido princípio, preenchendo todos os requisitos apontados pelo Supremo Tribunal Federal para sua aplicação.

Cumpre ressaltar que a *res furtiva* é de pequeno valor, cerca de R$ R$ 30,00 (atualizado em R$ 69,00) e foi devidamente devolvida a vítima, que não sofreu desfalque algum em seu patrimônio, sendo inviável, ademais, a condenação do requerente com base no suposto valor inapreciável do animal de estimação para a ofendida, seja porque se trata de delito contra o patrimônio e não contra estima da pessoa sobre o bem, como também porque a sentença não evidenciou existirem elementos concretos nos autos a autorizar a conclusão de que o cão, de apenas três meses de idade, era de tal importância.

Transcrevo, aliás, o trecho da sentença que traz o depoimento da vítima, no qual não se observam manifestações de apreço:

> *"De outro tanto, a vítima Lucenira Jovelina dos Anjos, em sede inquisitorial (f.15), esclarece como ocorreu o furto e sua elucidação. Vejamos:*
>
> *"[...] Declara que é proprietária de uma cadela, raça boxer, cor caramelo, peitos e patas brancas, de três meses de idade, atendendo pelo nome de Mel; Que, tem a informar que no dia 27 de junho do corrente ano era madrugada, por volta das 01:00 horas, quando ouviu um barulho de um brinquedo de sua cachorra [...] Que, aguardou o amanhecer e percebeu que sua cachorra havia sido furtada [...] Que, entretanto no dia 29 de junho estivera em sua residência um Policial, onde perguntou-lhe se havia sido furtada uma cachorra que confirmou e então o policial que estava com uma pessoa dentro da viatura, pediu-lhe que viesse registrar a ocorrência, pois poderia ser localizada [...] Que, seguidamente foi procurada pelo Agente Valdenir, onde apresentou a cachorra e viu que era da mesma [...]." (p. 14)*

Nessa toada, mesmo aos que entendem ser possível a condenação por furto de bem de valor econômico inexpressivo, afigura-me ser temerário sob a perspectiva garantista do Direito Penal, basear a condenação do requerente na suposição de que o animal em questão era de valor inestimável para a vítima, algo que não se mostrou evidente.

E, repiso, se realmente fosse o caso, a questão deveria ser adequadamente averiguada na seara cível, em sede de ação de indenização por danos morais, evitando-se, com isso, desvituar a finalidade do Direito Penal como *ultima ratio.*

Quanto à reincidência do requerente, saliento, na esteira da lição de Luiz Flávio Gomes, que a vida pregressa do denunciado também não infirma a aplicabilidade do princípio da insignificância:

> *"A confusão está aqui: os critérios que orientam o princípio da insignificância são somente os do desvalor do resultado e do desvalor da conduta (e nada mais). Não se pode mesclar os critérios fundantes de cada princípio, sob pena de se incorrer em grave confusão (que não se coaduna com a boa técnica). O injusto penal é constituído de desvalor do resultado e desvalor da ação. A insignificância correlaciona-se indubitavelmente com o âmbito do injusto penal. Logo, não entram aqui critérios subjetivos típicos da reprovação da conduta (ou da necessidade da pena). [...]*
>
> *Toda referência que é feita (na esfera do princípio da insignificância) ao desvalor da culpabilidade (réu com bons antecedentes, motivação do crime, personalidade do agente etc.) está confundindo o injusto penal com sua reprovação, leia-se, está confundindo a teoria do delito com a teoria da pena (ou, na linguagem de Graf Zu Dohna, o objeto de valoração com a valoração do objeto). Não se pode utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (teoria da pena) dentro do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente (ou mesmo arbitrariamente)."* (*in*: http://www.lfg.com.br/artigo/20041108121843523p_criterios-determinantes-do-principio-da-insignificancia.html. Acesso em 21.06.2012.)

Logo, desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais têm por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contrariando o parecer, divirjo do e. Relator, para julgar procedente a *Revisão Criminal* proposta por Fabio Antonio Alves**,** com o fim de absolvê-lo do crime de furto qualificado pelo qual foi condenado, reconhecendo ser atípica a conduta praticada, pela aplicação do princípio da insignificância, o que faço com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO 1º VOGAL (DES. ROMERO), APÓS O RELATOR, O REVISOR, O 2º E O 4º VOGAL INDEFERIREM A REVISIONAL ENQUANTO O 5º VOGAL A DEFERIA. O 3º VOGAL AGUARDA.

VOTO EM 09/04/2013:

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal).

Pedi vista dos autos para melhor analisar o processo e cheguei à conclusão que a presente revisão criminal deve ser indeferida.

O requerente ingressou com a presente revisão criminal pleiteando o reconhecimento do princípio da insignificância, por entender que o valor de avaliação da *res furtiva* permite tal conclusão.

Ocorre que, não obstante a discussão de valores, convém ressaltar que o acusado possui várias condenações pela prática de crimes contra o patrimônio, o que por si implica elevada carga de reprovabilidade do comportamento do agente (um dos vetores para aplicação do benesse), impedindo completamente a aplicação do princípio da insignificância.

Tecidas essas configurações, indefiro a presente revisão criminal.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (3º Vogal).

Ausente por férias.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, INDEFERIRAM A REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 09 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4004775-29.2013.8.12.0000 - Sidrolândia
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE ARBITRAMENTO DE FIANÇA – PLEITO DE DISPENSA DA FIANÇA – POSSIBILIDADE – PACIENTE HIPOSSUFICIENTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA.

Resta incontroverso a ilegalidade na hipótese apreciada, porquanto, a custódia do paciente hipossuficiente, configura medida injustificada e desarrazoada, uma vez que, o *decisum* hostilizado pautou-se restritamente na ausência de pagamento da fiança arbitrada, o que torna aplicável, frente hipossuficiência do paciente, o enunciado no artigo 325, § 1º, I, c.c o artigo 350, ambos do Código de Processo Penal, os quais preceituam a concessão da liberdade provisória com dispensa da fiança nos casos em que se cuida de indivíduo pobre.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de maio de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Edson da Silva dos Santos, aventando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia/MS.

Discorrendo acerca dos fatos, o impetrante relata que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 23.04.2013, como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei 10.826/2003, por, em tese, ter praticado o delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, encontrando-se atualmente recolhido na Cadeia Pública de Sidrolândia.

Menciona, entretanto, que na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, a autoridade policial arbitrou fiança no valor de R$ 4.746,00 (quatro mil setecentos e quarenta e seis reais), valor do qual o paciente não dispõe em face de sua hipossuficiência.

Pondera, ainda, que pleiteou perante o Juízo *a quo* a concessão de liberdade provisória sem fiança em 07/05/2013, apresentando comprovante de residência, em nome de sua genitora com quem reside, documento pessoal de sua mãe e Declaração de Hipossuficiência.

Argumenta que a autoridade coatora não concedeu a liberdade provisória, tendo, tão somente, reduzido o valor da fiança para a quantia de R$ 1.582,00 (um mil, quinhentos e oitenta e dois reais).

Alude, em suma, que o paciente não aufere proveitos econômicos suficientes para adimplir com o ônus que lhe foi imposto, aduzindo, ainda, que o decreto prisional carece de fundamentos cautelares.

Frente tais colocações, postula a concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* em caráter liminar, a fim de que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente. Ao final, clama a concessão definitiva da ordem.

A tutela de urgência foi indeferida às fls. 45/47.

As informações da autoridade pontuada como coatora foram requisitadas e devidamente prestadas às fls. 51/53.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pela concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* fls. 55/60.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Na hipótese *sub judice*, observa-se que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática de crime previsto no artigo 12 da Lei n º 10.826/03 (Posse irregular de arma de fogo de uso permitido), tendo a autoridade coatora arbitrado fiança em 2,3 salários mínimos, valor correspondente à R$ 1.582,00 (um mil quinhentos e oitenta e dois).

De conseguinte a Defensoria, pleiteou o afastamento do valor arbitrado, tendo, a indigitada autoridade coatora, por sua vez, indeferido o pleito de dispensa da fiança (fl. 53).

Eis, sinteticamente, o objeto da impetração.

Passo à análise do *writ*.

De início, calha mencionar que o inciso I do parágrafo 1º do artigo 325 do Código de Processo Penal enuncia a possibilidade de dispensar-se a fiança no termos no artigo 350, o qual prevê:

> *"[...] Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. (Alterado pela L-012.403-2011) [...]".*

Eis, relevante segmento do *decisum* hostilizado:

> *"Em que pesem os argumentos apresentados na inicial, entendo que a concessão da liberdade, sem o recolhimento da fiança, não se mostra apropriado ao caso em tela. Inicialmente, ainda que a argumentação defensiva conduza a um entendimento de que o delito não passou de crime de mera conduta, de perigo abstrato, não se pode olvidar*

> *do fato de que o indiciado emprestou a arma para a viabilização de um delito maior, roubo, e, de tão ciente da prática, participou da divisão do dinheiro obtido através do roubo, conforme consta em sua própria confissão.Além disto, observa-se que o requerente responde a outro processo, por roubo, demonstrando personalidade voltada para o cometimento de delitos.Assim, a liberdade poderia trazer prejuízos à ordem pública, enquadrando-se no requisito constante no artigo 312 do Código de Processo Penal. Desta forma, a manutenção da concessão da liberdade, mediante o pagamento da fiança arbitrada mostra-se recomendável, pelo que indefiro o requerimento constante na inicial. Contudo, entendo que o valor arbitrado para a fiança, diante da profissão declarada pelo requerente, pode ser reduzida em seu patamar maximo, nos termos do § 1º, inciso II do art.325 do CPP, em 2/3, passando a ser de 2,3 salários mínimos, equivalente a R$1.582,00 (um mil, quinhentos e oitenta e dois reais). [...]"* (fls. 52/53).

Deste modo o que se almeja evitar que a fiança se torne e elemento de imposição de desigualdade entre os indivíduos, garantindo a liberdade apenas aos mais abastados e permanecendo segregados os indivíduos mais pobres.

Registre-se, por oportuno, que o paciente é patrocinado pela Defensoria Pública Estadual, fato que embora não ateste cabalmente suas condições financeiras, somado aos demais elementos carreados aos autos, torna presumível o estado de hipossuficiência do paciente.

Grandiosa é a lição de Guilherme de Souza Nucci que, percucientemente, elucida a questão:

> *"[...]* ***Situação econômica do réu****: é o principal critério-dentre outros, previstos no art. 326- que permitirá ao juiz (ou à autoridade policial, conforme o caso) fixar, corretamente, o valor devido da fiança. Assim, além de levar em consideração a gravidade da infração penal, cujos dados colherá nas alíneas a a c deste artigo, no mais, precisa ponderar se o acusado é incapaz de pagar aqueles valores, mesmo que fixados no mínimo. Assim sendo, pode utilizar ainda mais, atingindo o máximo de dois terços-o que pode ser feito tanto pela autoridade policial, quanto pelo juiz.* ***Se persistir a impossibilidade de pagamento, pode-se considerar o réu pobre, concedendo-lhe a liberdade provisória, sem fiança, o que somente fará o juiz*** *[...]"* (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora : Revista dos Tribunais, Pág. 650). Destaquei.

Em caso análogo ao deste particular, assim decidiu a Corte Especial, *in verbis*:

> *"[...] 6. In casu, existe manifesta ilegalidade pois o não pagamento da fiança arbitrada, por si só, não justifica a preservação da custódia cautelar, a teor do artigo 350 do Código de Processo Penal.*
>
> *7. Trata-se de réu juridicamente pobre e imputação de falso testemunho, cuja pena mínima cominada é de 1 (um) ano de reclusão.*
>
> *8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de garantir a liberdade provisória ao paciente, independentemente do pagamento de fiança, aplicando-se o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal [...]"* (HC 231.723/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012).

Por derradeiro, transcrevo o entendimento desta Egrégia Corte:

> *"[...] Conforme o disposto no inciso IV, do art. 324 do Código de Processo Penal, "não será, igualmente, concedida fiança, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)". A contrario sensu, significa dizer que, arbitrada a fiança, não se encontram presentes os motivos que autorizam a decretação da*

prisão cautelar. ***Acontece que, tratando-se de paciente pobre, com situação financeira precária, não se mostra recomendável o arbitramento de fiança como condição para a liberdade provisória, medida a ser adotada no presente caso com base no artigo 325, § 1º, I, C.C art. 350, ambos do Código de Processo Penal,*** *devendo ser aplicadas as medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo CODEX. Ordem concedida [...]"* (TJMS; HC 2012.004095-3/0000-00; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 08/03/2012; Pág. 39). Destaquei.

"[...] Concede-se a ordem, sem o pagamento da ***fiança*** *se o réu é hipossuficiente economicamente, não tendo condições de pagar, nos termos do art. 325, § 1º, inciso I, do CPP [...]"* (TJMS; HC 2012.014457-4/0000-00; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJEMS 11/06/2012). Destaquei.

"[...] ***Concede-se a ordem, sem o pagamento da fiança se a ré é hipossuficiente economicamente, não tendo condições de pagar, bem como ausentes os requisitos da prisão cautelar.*** *Não há falar em trancamento da ação penal se a denúncia oferecida efetivamente descreve comportamento típico e antijurídico e há indícios de autoria e materialidade [...]*" (TJMS; HC 2012.002379-9/0000-00; Chapadão do Sul; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia; DJEMS 02/03/2012; Pág. 52). Destaquei.

"[...] ***1. A fiança é uma medida cautelar alternativa à prisão preventiva. A dispensa da fiança ocorre quando o agente não dispõe de condições econômicas para pagá-la, nos termos do art. 325, §1º, I C.C o art. 350, ambos do CPP. 2. Contra o parecer, ordem concedida*** *[...]"* (TJMS; HC 2012.000191-3/0000-00; Ponta Porã; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJEMS 17/02/2012; Pág. 60.) Destaquei.

Frente a tais ponderações, resta clarividente a ilegalidade na hipótese apreciada, uma vez que a custódia do paciente configura medida injustificada, porquanto, pautada exclusivamente na ausência de pagamento da fiança arbitrada.

Destarte, ante o exposto, com o parecer, **concedo a ordem de *Habeas Corpus***, com o fito de dispensar a fiança arbitrada.

É como voto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Caso prevaleça o voto proferido por este relator, comunique-se, com urgência, ao Juízo de primeiro grau, para que expeça o competente alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 27 de maio de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n 0009399-91.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

E M E N T A – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA VULNERÁVEL – DELITO DECORRENTE DA VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS – NÃO CARACTERIZADA A COMPETÊNCIA VIOLÊNCIA DE GÊNERO – INAPLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006 – COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL RESIDUAL – CONFLITO PROCEDENTE.

A violência doméstica ou familiar é caracterizada pela "*ação ou omissão baseada no gênero*", circunstância que pressupõe uma violência pautada na condição de mulher da vítima, de modo que haja discriminação do sexo feminino. Na situação particular, o acusado praticou atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, com as suas enteadas, valendo-se da incapacidade de resistência decorrente da condição das vítimas, considerada vulneráveis pela pouca idade, e não como forma de opressão dirigida ao gênero feminino no contexto de uma relação familiar. Assim, não restou caracterizada a violência de gênero, situação que afasta a competência da Vara Criminal de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher (Juízo suscitante).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, julgar procedente o conflito de jurisdição para o fim de declarar a competência do Juízo de Direito da 2º Vara Criminal da comarca de Dourados-MS (parte suscitada) para processar e julgar a ação penal, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de Conflito Negativo de Competência, no qual figura na qualidade de suscitante o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Dourados-MS e, na posição de suscitado, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS.

Em síntese, enfatizou o suscitante que, na situação concreta, a infração penal foi embasada na condição de hipossuficiência decorrente da idade das vítimas, e não na agressão contra as suas condições de mulheres, o que, no seu entender, afasta a sua competência, que afirma ser baseada em critérios de gênero.

Assim, requereu seja acolhido o presente incidente, para o fim de que seja reconhecida a competência do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS, com a respectiva remessa dos autos àquele juízo, o qual, a seu ver, é competente para processar e julgar a ação penal em testilha.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de Conflito Negativo de Competência, no qual figura na qualidade de suscitante o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar conta a Mulher da Comarca de Dourados-MS e, na posição de suscitado, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS.

Com efeito, para melhor compreensão da matéria, é necessário que se faça um breve relato processual acerca dos fatos que antecederam a suscitação desse incidente.

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Nei Pereira Barbosa, amparando-se na alegação de que o acusado, por diversas vezes, abusou sexualmente de suas enteadas – Tainara Souza Quadro e Talita Jullani Garcia de Souza – ambas menores que, na época dos fatos, moravam, com sua genitora, na residência do acusado.

Em razão disso, o acusado Nei Pereira Barbosa foi denunciado (fls. 01-06) como incurso no art. 217-A (estupro de vulnerável) c/c art. 71 (continuidade delitiva) e art. 226, inciso II (aumento de pena), na forma do art. 69 (crime material), todos do Código Penal.

A denúncia foi distribuída perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS. Encerrada a instrução processual, o MP ofertou manifestação, requerendo fosse declarada a incompetência daquele Juízo, com a remessa dos autos à 4ª Vara Criminal de Dourados (fls. 271-277).

Acolhendo o pedido do órgão acusatório, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS declinou da competência para julgamento da ação penal, remetendo-a para o Juízo da 4ª Vara Criminal de Dourados-MS (fls. 278-286). Em sua decisão, o juiz entendeu que o fato relatado na denúncia estava embasado em violência de gênero, pelo que enquadrar-se-ia na competência dos crimes afetos ao juízo da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei 11.340/2006.

Remetidos os autos ao Juízo da 4ª Vara Criminal de Dourados-MS, o magistrado titular da Vara suscitou o presente Conflito Negativo de Competência. Em suas razões, afirmou que a Lei 11.340/2006 foi criada para amparar a mulher em situação de inferioridade, não abrangendo eventuais crimes praticados contra crianças e adolescentes, incluídos na categoria de vulneráveis, para os quais defendeu haver legislação própria.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância. Passo, portanto, ao exame do presente incidente processual.

A solução do presente conflito reside na interpretação dada aos fatos constantes nos autos. Para a conclusão do juízo competente, é necessário observar qual foi a causa determinante para o cometimento do delito. Se essa causa foi a condição de hipossuficiência resultante da idade da vítima, estar-se-á configurada a competência do Juízo criminal residual (suscitado). Por outro lado, se a causa foi a sua condição de mulher da vítima (gênero), configurar-se-á a competência da Justiça especializada da violência doméstica (suscitante).

Segundo estabelece a Lei Maria da Penha, configura violência doméstica e familiar contra a mulher toda espécie de agressão baseada no gênero, isto é, na condição hipossuficiente da mulher, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, importando em violação dos direitos humanos, independente da habitualidade da agressão (Lei 11.340/2006, art. 5º).

Não basta, pois, que a vítima seja mulher e que a infração penal se dê no âmbito familiar. Exige-se, também, que a violência guarde relação com a posição de inferioridade histórica e culturalmente atribuída à mulher, vinculada intimamente à discriminação relacionada ao sexo feminino.

A esse respeito, destaco a lição de Guilherme de Souza Nucci[1] que, sobre o tema, tece as seguintes ponderações:

> *"[...] Aliás, o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torná-la passível de proteção penal especial, pois violaria o princípio constitucional da igualdade dos sexos. Não é qualquer espécie de crime que ingressa no cenário da violência doméstica e familiar, nem mesmo no campo da discriminação da mulher. Um roubo, por exemplo, pode ser cometido contra homens e mulheres, em qualquer lugar, não sendo cabível punir o agressor desconhecido, mais gravemente, somente pelo porque foi cometido contra mulher, no interior da sua residência. Seria crime particularmente grave se o companheiro, mediante violência ou grave ameaça, subtraísse bens da companheira, inserindo-se, então, na violência doméstica. Logo, há de se ter prudência na análise da expressão violência doméstica e familiar, verificando-se a situação do agente do crime e da vítima e seus vínculos domésticos ou familiares. [...]."*

O caso sob análise não guarda qualquer relação com a Lei Maria da Penha. Por mais que as vítimas sejam do sexo feminino e as agressões tenham se dado no contexto familiar, é possível perceber que a maior vulnerabilidade das vítimas não decorre do gênero, mas sim, da idade que tinham na época dos fatos (sete e onze anos).

Não se está, portanto, diante de mulheres vitimadas em razão da opressão de gênero (sexo feminino). Está-se, sim, defronte uma situação que envolve crianças que, em razão da reduzida idade e da elevada inocência, foram alvo da perversão de um homem adulto.

Portanto, diante desses aspectos, pode-se concluir, de forma inexorável, que a situação em enfoque não está amparada pela legislação especializada (Lei 11.340/2006), o que afastada a competência do Juízo suscitante para o julgamento da presente Ação Penal.

Nesse sentido, aliás, são os seguintes julgados:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. COMPETÊNCIA DA VARA COMUM VERSUS COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (MARIA DA PENHA). AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA FUNDADA EM DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO. COMPETÊNCIA COMUM. A Lei nº 11.340/06 visa a combater a violência fundada em discriminação de gênero, qual seja, a perigosa e errônea percepção da realidade que coloca a mulher em posição de inferioridade e submissão em relação ao homem e o leva a acreditar que seu comportamento dominador, discriminatório e violento (física e/ou moralmente) é legítimo, quando na verdade é criminoso. É exatamente visando a dar mais rápida e eficaz resposta à violência contra a mulher que a Lei Maria da penha reclama especialização de unidades jurisdicionais que melhor compreendam e atuem sobre tal fenômeno criminógeno, não sendo, portanto, qualquer delito, ainda que cometido contra individuo do sexo feminino e dentro do ambiente familiar, que esteja na órbita de atuação da justiça especializada. Hipótese em que o crime foi cometido contra jovem do*

1 *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 5ª ed., RT: São Paulo, 2010, p. 1263.*

> *sexo feminino, enteada do réu, não se identificando no fato a violência de gênero, nos moldes preconizados pela Lei, razão pela qual não há deslocamento da competência, que é a ordinária, para as varas especializadas. Conflito de competência julgado procedente. Por maioria."* (TJRS; CJ 466175-18.2011.8.21.7000; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza; Julg. 15/12/2011).
>
> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR. LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA). INAPLICABILIDADE. CONFLITO PROCEDENTE. Nos crimes sexuais perpetrados contra menores por aqueles que com elas tenham relação de ascendência em razão do poder familiar, não se aplica a competência da Lei nº 11.340/2006. CONFLITO PROVIDO."* (TJRS, Conflito de Jurisdição n. 70041380148, rel. Des. Danúbio Edson Franco, j. 20/4/2011).
>
> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR PERPETRADOS CONTRA MENINA PELO PRÓPRIO PAI. RELAÇÃO DE DESCENDÊNCIA, QUE NÃO SE CONFUNDE COM SUBMISSÃO ENTRE OS GÊNEROS MASCULINO E FEMININO, ASSIM INAPLICÁVEIS REGRAS DE COMPETÊNCIA ORIENTADAS PELA CHAMADA LEI MARIA DA PENHA. PROCEDÊNCIA."* (TJRS, Conflito de Competência n. 70026961367, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. 18/12/2008).

Por demais, a partir da reduzida idade das vítimas, é possível concluir que a ação criminosa está, também, intimamente vinculada a uma questão de desvio comportamental do acusado, de modo a tornar sua conduta intrinsecamente adstrita à pedofilia.

A propósito, nessa linha de raciocínio, destaco o seguinte fragmento de um voto, de autoria do Des. Torres Marques, do TJSC, que bem elucida sobre este controverso tema:

> *"Razão, de fato, assiste ao suscitante quando assevera que o delito narrado não foi perpetrado em razão da vulnerabilidade da vítima por ser do sexo feminino, mas sim por ser uma criança incapaz de se defender das investidas de parente por afinidade que se aproveitou de sua reduzida idade para satisfazer lascívia direcionada à infante. Nesse viés, verifica-se que o delito narrado tem sua gênese em desvios comportamentais que despertam, nos autores de atos dessa natureza, desejo sexual por crianças e adolescentes – meninos ou meninas – a tornar sua conduta umbilicalmente ligada à pedofilia, que não reúne os traços culturais da opressão do homem para com a mulher, estes sim, propulsores da idealização de mecanismos protetivos que inspiraram a denominada Lei Maria da Penha."* Conflito de Jurisdição n. 2012.002490-4, de Balneário Camboriú.

Infere-se, portanto, que essa situação não está amparada em qualquer situação de opressão ou discriminação quanto ao sexo feminino (gênero) das vítimas. Pelo contrário, a conduta do acusado está, de forma evidente, vinculada à inexperiência das vítimas, resultante da falta de vivência, típicas dessa tão inocente etapa da vida.

Assim, diante dessas circunstâncias, pode-se concluir que a situação em enfoque não está inserida na competência da Justiça especializada da violência doméstica (suscitante), pois a infração penal não foi embasada em violência pautada no gênero (feminino) das vítimas, mais sim em suas respectivas situações de vulnerabilidade, resultante das suas reduzidas idades.

Posto isso, **contra o parecer, julgo procedente** o presente Conflito de Jurisdição, para o fim de declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS – parte suscitada – para processar e julgar a ação penal n.º 0009399-91.2010.8.12.0002.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO DE JURISDIÇÃO PARA O FIM DE DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 2º VARA CRIMINAL DA COMARCA DE DOURADOS-MS (PARTE SUCITADA) PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0026163-58.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – QUESTÃO A SER APRECIADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI – IMPROVIDO.

Havendo indícios de que o recorrente efetuou disparos na direção da vítima, atingindo-a na cabeça, causando sua morte, em razão de desentendimentos anteriores entre ela e sua irmã, bem como colhendo-a de surpresa, deve ser mantida a pronúncia por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, improver o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de junho de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Claudecir Silva Rodrigues foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal (fls. 423-430).

Pede a impronúncia, sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), pois efetuou disparos apenas na direção do corréu Frank e não da vítima Rogério (fls. 468-473).

Em contrarrazões, o órgão ministerial requereu o improvimento do recurso (fls. 478-482).

Em juízo de retratação, o magistrado manteve a decisão (fls. 483).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 492-497).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Consta na denúncia que, no dia 22 de outubro de 2005, por volta das 20:20 horas, na Rua Estevão Alves Ribeiro, n. 36, Bairro Piratininga, nesta Capital, os denunciados Claudecir Silva Rodrigues e Frank Alves da Silva, em unidade de desígnios e com acordo de vontades, ambos armados, efetuaram 03 (três)

disparos contra a vítima Rogério Rodrigues Nascimento (primo de Frank), causando-lhe ferimentos que foram a causa eficiente de sua morte, tendo por erro de execução, um dos disparos atingido Cleusa Silva Rodrigues (irmã de Claudecir e convivente de Frank).

O recorrente Claudecir foi pronunciado apenas pelo homicídio qualificado pela torpeza (vingança) e surpresa, praticado contra a vítima Rogério (fls. 423-430).

Em seu recurso, pede a impronúncia, sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria.

É assente que para a prolação da decisão de pronúncia basta a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação, nos termos do que dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal, não sendo necessário um juízo de convencimento definitivo, como na prolação de um decreto condenatório.

A materialidade está demonstrada nos laudos de exame de corpo de delito (fls. 84-86) e de exame em armas e em projétil de arma de fogo (fls. 135-141).

Os indícios de autoria são extraídos da confissão do recorrente e declarações das testemunhas.

Segundo o conjunto probatório, o corréu Frank e sua convivente Cleusa foram morar na residência da frente (local dos fatos), de propriedade do tio dele, enquanto a vítima Rogério e sua família, parentes de Frank, moravam na edícula que ficava nos fundos do mesmo imóvel.

Tiveram muitos desentendimentos, discussões, trocas de ameaças até que um dia, tudo indica, o ora recorrente Claudecir, irmão de Cleusa, que estava no local, efetuou disparos de arma de fogo na direção da vítima Rogério, atingindo-a com um dos tiros na cabeça, levando-a a óbito.

Tanto na fase policial, quanto em juízo, o ora recorrente Claudecir assumiu que atirou em Rogério, alegando que o fez, porque ele e sua gangue vieram na direção de sua irmã Cleusa, portando arma de fogo e dizendo que iriam matá-la (fl. 41-44, 94-95 e 362-367).

O corréu Frank negou qualquer participação no delito, afirmando que, na hora dos fatos, estava trabalhando como vigilante na Empresa Cargill, oportunidade em que recebeu uma ligação telefônica, de uma pessoa desconhecida, informando que tinha ocorrido uma briga em sua residência, situação que confirmou no dia seguinte com sua convivente Cleusa, a qual lhe relatou que seu irmão Claudecir havia matado Rogério (fl. 55-61, 65-66 e 368-370).

As testemunhas ouvidas em juízo também confirmaram que foi o recorrente Claudecir quem efetuou disparos na direção de Rogério, ocasionando sua morte (fls. 308-313, 318-324, 356-358).

Portanto, havendo indícios de que o recorrente efetuou disparos contra a vítima Rogério, levando-a a óbito, em razão de desentendimentos anteriores desta com sua irmã Cleusa, e, colhendo-a de surpresa, ou seja, no momento em que escovava os dentes, deve ser mantida a pronúncia.

Nesse sentido, já decidiram estas câmaras Criminais:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE IMPRONÚNCIA E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E ADMISSÃO DA QUALIFICADORA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*

A pronúncia se caracteriza por um exame superficial do elenco probatório e, nesse contexto, havendo dúvidas razoáveis quanto à versão defensiva, torna-se necessário sujeitar o réu a julgamento pelo soberano Tribunal Popular, em homenagem ao princípio in dubio pro societate.

Em regra, as qualificadoras devem ser levadas ao plenário, só podendo serem suprimidas à apreciação do Júri quando totalmente descabidas e dissociadas do conjunto probatório, em homenagem ao princípio in dubio pro societate, o que não ocorreu no caso em apreço. ***Assim, havendo indícios de que a crime ocorreu em razão de discussão entre as partes por dívida, mantém-se a qualificadora do motivo fútil.***

Para que se justifique a impronúncia, sob o argumento da negativa de autoria, é necessária total ausência de indícios de autoria, que possa ser identificada de maneira fácil pelo Juiz da causa criminal. Havendo mínimo indício de autoria, como na espécie, deve ser o réu ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri." (TJMS, Relator Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito n. 0001740-62.2010.8.12.0024, j. 14/01/13).

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – ALMEJADA NULIDADE DO DECISUM – AUSÊNCIA DO DISPOSITIVO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL – MERA IRREGULARIDADE – NORMA EXPRESSAMENTE NARRADA NA DECISÃO – AMPLA DEFESA EXERCIDA NA SUA PLENITUDE – REJEITADA – PEDIDO DE IMPRONÚNCIA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATIS – PRESENÇA DO ANIMUS NECANDI – DECISÃO MANTIDA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORAS – MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES QUE NÃO SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES – NÃO ACOLHIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGREGAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. [...]

Restando suficientemente demonstradas nos autos a materialidade e a autoria delitiva, bem como havendo fortes indícios de que os réus tenham agido com animus necandi ao investir contra a vítima, ceifando-lhe a vida com diversos golpes de faca, necessário se faz o julgamento pelo Tribunal Popular, em obediência ao princípio do "in dubio pro societatis", não havendo falar em impronúncia.

É pacífico na jurisprudência que as qualificadoras mencionadas na denúncia só devem se decotadas da pronúncia quando manifestamente improcedentes.

[...]." (TJMS, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, 2ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito n. 1600067-33.2012.8.12.0000, j. 17/12/12).

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO, SEQUESTRO E CÁRCERE E QUADRILHA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA AUTORIA – PRETENSA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DOS DELITOS CONEXOS – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – NÃO PROVIDO.

Inexistindo prova inequívoca para a absolvição, impronúncia ou desclassificação, aplica-se o princípio in dubio pro societate, cabendo ao Júri a avaliação e comparação dos elementos e do contexto como um todo, proferindo julgamento de mérito e optando pelo que lhes parecer mais verossímil e adequado.

Não prospera a pretensa descaracterização das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, que neste momento processual, somente poderia ocorrer se houvesse prova cabal que as desconstituíssem, pois sabidamente, na fase da pronúncia, deve tão somente ser analisada a admissibilidade ou não da acusação, sem imiscuir-se no mérito da causa. No caso dos autos, na forma como se deram os fatos, não há como afastá-las de plano. Assim, ao juiz monocrático cabe tão somente proclamar admissível ou não a acusação, sem contudo invadir o mérito da causa, o que se dá em homenagem ao princípio constitucional do juiz natural, que, em casos tais, é o Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, "d"). [...].

(TJMS, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, 1ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito n. 0003148-89.2012.8.12.0001, j. 11/03/13)

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO – PRELIMINAR – NULIDADE – AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – REJEIÇÃO – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – QUESTÃO QUE DEVE SER APRECIADA PELO JÚRI – IMPROVIDO.

A decisão que recebe a denúncia não demanda uma fundamentação que venha exaurir as questões referentes ao processo, uma vez que tal procedimento não possui caráter decisório.

Havendo materialidade do fato, indícios de autoria e dúvidas quanto ao "animus necandi" ou quanto à ocorrência da legítima defesa, mantém-se a pronúncia, pois somente quando a prova produzida é robusta, clara e conclusiva é que se pode retirar o caso da apreciação do Tribunal do Júri."

(TJMS, Relator Des. João Carlos Brandes Garcia, Recurso em Sentido Estrito n. 0200698-35.2012.8.12.0020, 1ª Câmara Criminal, j. 18/02/13).

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 03 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4004907-86.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO – FASE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL NÃO INICIADA – PACIENTE PRESO POR POUCO MAIS DE CINCO MESES – DEMORA INERENTE AO DESENROLAR PROCESSUAL – ATENÇÃO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – RISCO PRESUMIDO À SAÚDE PÚBLICA – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA.

1. Não há falar em excesso de prazo quando o tempo de tramitação do processo esteja adequado às peculiaridades do caso concreto, e sobretudo, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a custódia preventiva, portanto, não pode ser equiparada à espécie de constrangimento ilegal capaz de demandar a revogação da prisão cautelar do paciente.

2. Com efeito, havendo embate aparente entre garantias de ordem individual e coletiva, é necessário que se estabeleça a prevalência desta (coletiva), de forma a assegurar o interesse de todos os indivíduos que compõem a sociedade, de um modo geral. No caso, a conduta delituosa perpetrada pelo paciente expôs à risco a saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma penal em âmbito dos crimes de tráfico de drogas. Assim, a manutenção da prisão do paciente é necessária, de forma a assegurar a garantia da ordem pública, afetada pela gravidade concreta do delito praticado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem de *Habeas Corpus,* nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O advogado João Carlos Gomes impetrou o presente *Habeas Corpus* em favor de Gleidson Guimarães de Abreu, apontando como autoridade coatora MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, almejando-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente.

Enfatizou que, na data da impetração desta ordem, o paciente estava sob custódia pelo período de 174 (cento e setenta e quatro) dias. Relatou, ainda, que esse prazo é superior àquele estabelecido em âmbito

do artigo 400 do Código de Processo Penal, situação que, no seu entender, configura constrangimento ilegal, apto a ensejar a revogação do decreto prisional preventivo, por excesso de prazo.

Assim, no mérito, requereu a concessão da ordem de *Habeas Corpus*, com a expedição do respectivo alvará de soltura.

A autoridade coatora prestou informações (fls. 152-154).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 155-159, manifestou-se, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado João Carlos Gomes em favor de Gleidson Guimarães de Abreu, apontando como autoridade coatora MM. Juiz de Direito da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, almejando-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, por excesso de prazo.

Enfatizou que, na data da impetração desta ordem, o paciente estava sob custódia pelo período de 174 (cento e setenta e quatro) dias. Relatou, ainda, que esse prazo é superior àquele estabelecido em âmbito do artigo 400 do Código de Processo Penal, situação que, no seu entender, configura constrangimento ilegal, apto a ensejar a revogação do decreto prisional preventivo, por excesso de prazo.

Em princípio, é necessário ponderar que a apreciação da questão atinente ao alegado excesso de prazo deve ser pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais cuja prática é necessária em âmbito do procedimento penal.

Com enfoque no vertente caso, pode-se verificar que, no dia 24.11.2012, o paciente foi preso, em flagrante, pela suposta prática do delito penal de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006. Por decisão fundamentada, a prisão em flagrante foi convertida em custódia preventiva, com base na garantia da ordem pública.

Com efeito, concluída a etapa inquisitorial, o Ministério Público Estadual, no dia 14.01.2013, ofereceu denúncia, apontando como réus o paciente e outros três acusados, aos quais também foi imputada a prática da mesma infração penal.

Conforme informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 152-153), o processo está prosseguindo de forma regular. Foi informado que o paciente, notificado (28.01.2013), apresentou defesa prévia (20.02.2013). No entanto, está pendente a realização do ato de notificação de um dos acusados, após o que, caso seja recebida a denúncia, dar-se-á início à fase de instrução processual.

A propósito, o artigo 400 do Código de Processo Penal faz alusão ao prazo para realização da audiência de instrução em julgamento. Com efeito, segundo essa disposição legal, essa audiência deverá ser designada no período máximo de 60 (sessenta) dias, contados da decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

Na situação vertente, no entanto, sequer houve início da contagem desse lapso temporal haja vista que o magistrado da origem ainda não deliberou sobre o recebimento da peça acusatória. Para que haja deliberação nesse sentido, é necessário que tenha sido finalizada a prévia fase procedimental referente à notificação dos acusados e à apresentação das respectivas defesas, o que ainda não ocorreu.

Assim, não há falar em infringência do prazo estampado no dispositivo legal supramencionado. Esse prazo, aliás, não ostenta qualquer relação com a custódia preventiva, cuja duração,

como se sabe, não está vinculada a qualquer prazo legal estabelecido pelo legislador, devendo perdurar enquanto se fizerem presentes os fundamentos legais que deram ensejo à sua decretação.

De outro lado, não se pode olvidar que, na situação em enfoque, pesam determinadas peculiaridades, que precisam ser ressaltadas, porquanto determinantes à eventual dilação do tempo necessário à conclusão do procedimento.

Em princípio, ressalto a circunstância de que a denúncia foi oferecida em face de quatro réus. Nesse compasso, é preciso que todos os denunciados sejam notificados, de forma pessoal, por mandado, de modo a oportunizá-los a apresentar defesa prévia. A partir daí, exsurge a necessidade da realização de um maior número de diligências, de modo que, em razão da complexidade desses atos, é inevitável que haja um breve prolongamento do curso procedimental.

Além disso, é de se destacar que, segundo relatado pela autoridade coatora, na ação principal, há coacusados que estão representados pela Defensoria Pública Estadual, a qual, como é cediço, dispõe de prazo em dobro para se manifestar nos autos, o que, também, implica em natural elastecimento do tempo de duração do processo.

Por demais, é necessário que se tenha em mente o fato de que o exacerbado número de demandas judiciais em âmbito das varas criminais do Poder Judiciário é fator preponderante, e figura como elemento capaz de justificar eventual extensão do período temporal previsto para a conclusão do processo devendo.

Assim, não obstante o tempo decorrido desde a prisão do paciente até o presente momento - pouco mais de cinco meses - esse lapso temporal transparece normalidade, à luz das particularidades do caso concreto, e sobretudo, a partir das circunstâncias que circundaram a prática da infração penal.

Portanto, o prazo decorrido até então se mostra dentro da razoabilidade, respeitando o princípio da proporcionalidade, de modo que não há qualquer excessividade desproporcional capaz de atribuir ilegalidade ao decreto prisional preventivo do paciente.

A propósito, nessa linha de raciocínio, é importante ponderar que, na situação particular, foi demonstrado pelo magistrado da origem que estão presentes os requisitos necessários ao embasamento da prisão preventiva, de modo que, portanto, a segregação cautelar do paciente deve ser mantida.

Por demais, é relevante destacar que no caso vertente, há, evidentemente, um conflito aparente de garantias, estabelecido, de um lado, pela alegada garantia individual do paciente no tocante ao benefício da liberdade provisória e, de outro, pela garantia da ordem pública, pelo risco infligido à sociedade em razão da conduta perpetrada pelo paciente.

No caso, o perigo imputado à coletividade é proveniente da natureza jurídica da infração penal atribuída ao paciente. Como bem se sabe, o crime de tráfico de drogas é delito de perigo abstrato, de modo que a mera realização da conduta típica faz exsurgir a presunção de que o bem jurídico tutelado pela norma jurídica (saúde pública) foi exposto a risco.

Trata-se, pois, de presunção absoluta, de forma que é dispensada a realização de qualquer prova nesse sentido. Daí, o indicativo da necessidade da custódia cautelar do paciente, tudo no sentido de ofertar segurança à incolumidade social, e, sobretudo, preservar a garantia da ordem pública.

Nesse sentido, aliás, são os seguintes julgados:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL

PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BENEFÍCIO EM TESE ADMITIDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTÂNCIAS ADQUIRIDAS NA BOLÍVIA. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, afigura-se possível, em princípio, a concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas, de tal sorte que para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. ***Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação****.*

3. ***As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico, a embasar a prisão do agente****.*

4. Não obstante o entendimento da Suprema Corte, não resta configurado o alegado constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do crime em tese cometido, diante do modus operandi empregado, bem como da natureza e da quantidade de droga transportada - 5.540 gramas de pasta-base de cocaína.

[...]." (RHC 33.354/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 11/04/2013) (grifo meu).

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BENEFÍCIO EM TESE ADMITIDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ENVOLVIMENTO DE MENORES INIMPUTÁVEIS. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, afigura-se possível, em princípio, a concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas, de tal sorte que para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados

crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. ***Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação****.*

3. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico, a embasar a prisão do agente.

4. Não obstante o novo entendimento da Suprema Corte, não resta configurado o alegado constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está justificada para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, diante da natureza e da quantidade de droga apreendida - 170 pequenas porções de cocaína com peso bruto de 44,1 gramas, além de 2,7 gramas de cocaína ainda no forno - e do envolvimento de três menores inimputáveis na empreitada criminosa.

5. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, por si só, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre in casu.

6. Writ não conhecido."

(HC 252.270/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 09/04/2013).

Logo, diante dessas circunstâncias, não se tem dúvidas de que a infração penal atribuída ao paciente oferece evidente risco à segurança da sociedade, sobretudo à saúde pública, de modo que a sua segregação cautelar foi justificada, portanto, para manutenção da ordem pública, afetada, na situação, pela periculosidade estampada na conduta perpetrada.

Nessa seara, diante desse embate de garantias (individual *versus* coletiva), é recomendável que prevaleça o interesse público, de modo a acautelar o interesse de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade, cujos riscos de prejuízo são presumidos em razão da infração penal praticada pelo paciente.

Assim, por mais que se faça presente eventual garantia individual do paciente, essa benesse particular não pode ser aplicada em detrimento ao interesse público, que engloba o interesse de toda a coletividade, até por uma questão de privilégio à justiça social. Além disso, há que ser considerado, igualmente, nesse cotejo, que o prazo da custódia do paciente, apesar de já passar de 5 (cinco) meses, não pode ser considerado excessivo, pelas circunstâncias apontadas, de modo a levar à conclusão de gerador de constrangimento ilegal.

Outrossim, em razão da gravidade concreta vislumbrada na conduta delituosa praticada pelo paciente, faz-se necessário a atuação imediata do Estado, de modo a garantir a efetiva aplicação da justiça, e, sobretudo, para atribuir uma resposta positiva à sociedade, fazendo desaparecer, assim, eventual sentimento de impunidade perante a população.

Por derradeiro, hei por bem ponderar que a mera existência de condições subjetivas favoráveis ao agente (residência fixa, emprego lícito, bons antecedentes) não conduzem ao entendimento de serem capazes de levar à revogação do decreto de prisão preventiva, sobretudo se presentes, no caso concreto, os requisitos e fundamentos legais e necessários ao embasamento da custódia cautelar.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência:

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Há fundamentação concreta para a manutenção da custódia cautelar, levando em conta que os pacientes cometeram delito de roubo, utilizando-se de grave ameaça, inclusive simulando o emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, sendo certo que o modus operandi da conduta denota em si uma maior periculosidade dos agentes. 2. As instâncias ordinárias destacaram, ainda, que um dos pacientes - Diego Rodrigues Soares - ostenta condenação com trânsito em julgado, o que reforça a necessidade da manutenção da sua constrição cautelar para impedir a reiteração criminosa. 3.* ***Informações pessoais que comprovem possuir os pacientes endereço fixo e exercer atividade lícita não impedem a manutenção da constrição cautelar, caso presentes os requisitos legais****. Na hipótese, contudo, nem mesmo houve a comprovação de condições subjetivas favoráveis por parte da defesa.4. Ordem denegada."* (HC 243.079/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 31/08/2012).

> *"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO.PRONÚNCIA. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO PARA TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT QUANTO AO PONTO. PRISÃO CAUTELAR SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. TEMOR CONCRETAMENTE DEMONSTRADO PELAS TESTEMUNHAS. NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA PROVA ORAL EM SESSÃO PLENÁRIA. 1. Tendo em vista a competência constitucionalmente conferida ao Superior Tribunal de Justiça, não se conhece de habeas corpus dirigido a esta Corte Superior, contra ato imputado a tribunal sujeito à sua jurisdição, no tocante a questão por este não apreciada, sob pena de indevida supressão de instância. 2. É assente na Corte que, mesmo com a sentença de pronúncia, exige-se para a segregação cautelar do pronunciado que esteja devidamente fundamentada a referida medida na existência de elementos autorizadores da prisão preventiva, sendo, em regra, inaceitável que só a gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a restrição a seu direito de locomoção antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Inteligência do princípio da presunção de inocência, erigido à condição de garantia constitucional. 3. Por outro lado, a indicação de elementos concretos, no tocante à conveniência da instrução criminal e à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, em face do intenso temor demonstrado pelas testemunhas em relação ao paciente (policial militar) e da potencial necessidade de renovação da prova oral em plenário, constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal. 4.* ***"Condições pessoais favoráveis, por si só, não são suficientes a amparar a concessão da liberdade provisória quando presentes outras razões para a manutenção da prisão preventiva."*** (HC 80.661/RS, Rel.Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010).5. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.(HC 145.817/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011).

> *"HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA INTERESTADUAL, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO TEMPORÁRIA EM 24.10.2010, CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DE FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA ROBUSTA*

*DA MATERIALIDADE. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (CERCA DE 27 KG DE COCAÍNA) E DE UMA SUBMETRALHADORA DE 9 MM. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCESSOS CRIMINAIS CONTRA O PACIENTE. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. CRIME COMETIDO POR QUADRILHA COM ATUAÇÃO EM VÁRIOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. É fora de qualquer dúvida e nem mesmo constitui tema de debates jurídicos consistentes que a constrição cautelar da liberdade individual há de sempre explicitar a necessidade dessa medida vexatória, indicando de forma fundamentada os motivos que a tornam indispensável, dentre aqueles elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código. 2. Neste caso, o decreto judicial constritivo não se ressente de fundamentação, porquanto a segregação provisória foi determinada e posteriormente mantida pautando-se, principalmente (a) nos fortes indícios de autoria e na prova da materialidade do ilícito penal, concretizada na apreensão de grande quantidade de droga (cerca 27 kg de cocaína) e de uma submetralhadora de 9 mm, além da captação de veementes elementos indiciários havidos em escutas telefônicas, tudo apontando para a existência de articulada quadrilha interestadual especializada no comércio de entorpecentes, denotando a continuidade da atividade ilícita, não como alvitre, mas como conduta previsível e mesmo esperável; (b) na garantia da ordem pública, também pela notícia da existência de outros processos criminais contra o paciente; e (c) para assegurar a aplicação da lei penal, porquanto o acusado tem domicílio fora do distrito da culpa, dado que por si só não bastaria para a constrição, mas neste caso avulta de relevância, em face do contexto específico dos autos. 3. **Consoante entendimento já pacificado nesta Corte Superior, bem como no Pretório Excelso, eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós**, aliás, sequer comprovadas na hipótese, **não obstam a sua constrição cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção**, como se verifica no caso em apreço. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial."* (HC 196.787/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 19/09/2012).

Portanto, no caso em tela, é preciso que seja mantida a segregação cautelar do paciente, primeiro, porque não há excesso de prazo capaz de equiparar o decreto prisional à constrangimento ilegal e, segundo, porque há necessidade de que seja estabelecida segurança à sociedade, e sobretudo, à garantia da ordem pública, que deve prevalecer sobre eventual garantia individual do paciente.

Posto isso, com o parecer, denego a presente ordem de *Habeas Corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM DE HABEAS CORPUS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000283-76.2011.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DE TRÂNSITO – CONSUNÇÃO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

O objeto da tutela jurídica dos artigos 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro é a incolumidade pública e como o agente, em uma única conduta, dirigiu embriagado e sem possuir carteira de habilitação, não há dois crimes autônomos, uma vez que o segundo delito, menos grave, resta absorvido pela embriaguez ao volante, crime mais grave, com a atração da agravante do artigo 298, inciso III, do mesmo diploma legal.

A Resolução nº 206, de 20/10/2006, do CONTRAN, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ, de modo que, ausente o requisito legal da aprovação periódica, o exame de alcoolemia para fins de prova da materialidade revela-se inidôneo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 20 de maio de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Renan Azevedo, condenado à pena de 1 ano e 8 meses de detenção e ao pagamento de 80 dias-multa, além da suspensaõ de habilitação para conduzir veículo automotor, pela prática do delito descritos nos artigo 306 e 309, da Lei 9.503/97 (f.112-118).

Para tanto, argumenta que a conduta descrita no artigo 306 da Lei 9.503/97 é atípica, pois constatada quantidade inferior à exigida pela legislação, bem como, o "bafômetro" não foi aferido de forma regular, tanto que o teste apontou a expressão "fail", significando falho".

Entende que também há atipicidade da conduta descrita no artigo 309 da Lei 9.503/97, pois a conduta de dirigir sem habilitação não configura crime, pois exige a ocorrência de efetivo perigo de dano.

Alega, alternativamente, a consunção entre os delitos e redimensionamento da dosimetria da pena.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.146-157) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.162-174) pelo provimento parcial do apelo para compensar atenuantes e agravantes.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Renan Azevedo, condenado à pena de 1 ano e 8 meses de detenção e ao pagamento de 80 dias-multa, além da suspensão de habilitação para conduzir veículo automotor, pela pática do delito descritos nos artigo 306 e 309, da Lei 9.503/97 (f.112-118).

Consta na denúncia que em 22/1/2011 RENAN foi flagrado conduzindo uma motocicleta sob efeito de substância alcoólica e sem permissão para conduzir veículo automotor.

Primeiramente registro que entendo haver a consunção entre os delitos descritos nos artigo 306 e 309, da Lei 9.503/97.

É que referidos artigos tutelam a incolumidade pública e, no caso concreto, o apelante foi acusado de, em um único contexto, ter dirigido embriagado e não ter carteira de habilitação, ou seja, não estamos diante de dois crime autônomos, pois a situação de perigo é única e o objeto jurídico protegido foi ofendido um única vez.

Desta forma, no caso concreto vislumbra-se, em tese, a ocorrência de um único delito qual seja, a infração ao artigo 306, da Lei 9.503/97, com a agravante genérica do artigo 298, inciso III, da Lei 9.503/97 - *"Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração: III - sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação"*.

Aliás:

> *"Se o agente, por meio de uma só conduta, conduz o seu veículo automotor sob a influência de álcool e sem a devida habilitação, não comete dois crimes autônomos, mas apenas o crime de embriaguez ao volante, devendo-se reconhecer, todavia, a agravante genérica prevista no art. 298, inciso III, do código de trânsito brasileiro."* (TJES; APL 0007023-73.2011.8.08.0014; Primeira Câmara Criminal; Rel. Desig. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 06/03/2013; DJES 01/04/2013)
>
> *"Aquele que, no mesmo contexto fático, dirige embriagado e sem a devida habilitação, não comete dois crimes autônomos, mas apenas o crime de condução de veículo sob a influência de álcool, devendo-se reconhecer, entretanto, a agravante genérica prevista no artigo 298, inciso III, do código de trânsito brasileiro 5. Recurso conhecido e parcialmente provido."* (TJDF; Rec 2010.06.1.007487-4; Ac. 581.413; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Sandoval Oliveira; DJDFTE 30/04/2012; Pág. 195).
>
> *"APELAÇÃO. I ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. Direção sob efeito de álcool expondo a perigo potencial a incolumidade de outrem. Não incidência do art 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Conduta absonida pelo primeiro quando verificada no mesmo contexto fático. Hipótese de consunção."* (TJSP; APL 993.07.082319-4; Ac. 4231361; Itararé; Décima Terceira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Lopes da Silva; Julg. 26/11/2009; DJESP 18/03/2010).

Portanto, em atenção ao princípio da consunção, deve o crime menos grave (direção sem habilitação - 309, da Lei 9.503/97) ser absorvido pelo mais grave (embriaguez ao volante - artigo 306, da Lei 9.503/97), restando o apelante absolvido, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal em relação ao crime menos grave.

Passo a examinar a insurgência em relação ao delito de embriaguez ao volante.

O artigo 306 da Lei n. 9.503/97 sofreu alteração pela Lei n. 11.705/2008, que acrescentou como elementar do tipo a *"concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas*".

In casu, o teste de alcoolemia (f. 17), apesar de concluir pelo estado de embriaguez do apelado (0,67 mg/l), não se mostra hábil à comprovação da materialidade do delito.

Isso porque a Resolução n. 206, de 20/10/2006, do Contran, no inciso III de seu artigo 6º, exige que o medidor de alcoolemia ou etilômetro, conhecido popularmente como "bafômetro", deva ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ.

Trata-se de uma condição de utilização do medidor de alcoolemia, segundo reza o art. 7º dessa Resolução, de modo que, ausente o requisito de aprovação periódica anual, o exame de teor alcoólico alveolar nos pulmões não possui a credibilidade exigida em lei.

No caso concreto, não consta nos autos a data da última calibração do equipamento, bem como, após o resultado do teste constou a palavra "FAIL", que significa "falhar"

Portanto, sem provas de que o equipamento foi devidamente verificado pelo INMETRO, a toda evidência que houve desrespeito ao prazo previsto na Resolução 206 do Contran, retirando a sua confiabilidade.

Colhem-se os seguintes arestos nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ETILÔMETRO - VERIFICAÇÃO PERIÓDICA ANUAL PELO INMETRO - PRAZO VENCIDO - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA PELA COMPROVAÇÃO INDIRETA. A Resolução nº 206, de 20/10/2006, do CONTRAN, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ. Vencido o prazo para a próxima certificação pelo INMETRO, no momento da utilização do conhecido 'bafômetro', não se mostra válida a respectiva prova da materialidade delitiva. - Com a nova redação do dispositivo legal, para que se configure o delito previsto no artigo 306 do CTB, não basta simplesmente a prova da embriaguez ao volante e da exposição de terceiros a dano potencial, passando-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Inexistindo prova nesse sentido a absolvição do réu se impõe."* (TJMG - Apelação Criminal n. 1.0433.08.256060-1/001 – Comarca de Montes Carlos, Rel. Desª. Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, DJe 28/09/2010).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, DO CTB). ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. A ausência do requisito legal da aprovação periódica pelo INMETRO ou RBMLQ, retira a credibilidade do exame de alcoolemia realizado com etilômetro conforme o disposto na Resolução n. 206/2006 do CONTRAN. Inidoneidade do exame juntado para fins de prova da materialidade do delito. Absolvição sumária mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."* (TJRS - Apelação Crime n. 70034723361, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Odone Sanguiné, Julgado em 02/09/2010).

Com efeito, inexistindo exame válido nos autos para demonstrar a concentração de álcool no sangue do apelante, não resta outra solução ao presente caso senão a reforma da sentença, visto que é absolutamente inviável sua condenação pelo cometimento do crime tipificado no art. 306 do CTB por ausência de prova essencial da materialidade do delito.

Ante ao exposto, dou provimento ao apelo interposto por RENAN AZEVEDO para :

A) Absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 309, da Lei 9.503/97, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal;

B) Absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 306, da Lei 9.503/97, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 20 de maio de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000293-94.2009.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Manoel Mendes Carli

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO INDEFERIDO – SENTENÇA MODIFICADA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE REITERADAS CONDUTAS OFENSIVAS AO MEIO AMBIENTE – RECURSO PROVIDO.

A perda e apreensão definitiva de bens utilizados em delito ambiental, só se justifica em casos de reiteradas condutas ofensivas ao meio ambiente, de forma a atender ao princípio da proporcionalidade, pois deve haver correlação entre os meios para preservação do meio ambiente e os fins almejados, havendo indispensabilidade de utilização de meios estritamente necessários à finalidade de preservação do meio ambiente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 1 de abril de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

José Carlos dos Santos Antunes interpôs apelação criminal contra a decisão de f. 20-22 que determinou o perdimento de bens apreendidos na prática de infração penal ambiental.

Aduziu que a decisão que decretou o perdimento dos bens apreendidos deve ser reformada, posto que apenas se decreta o perdimento dos instrumentos do crime, quando a fabricação, a alienação, o uso, o porte ou a detenção destes instrumentos constituem fato ilícito, sendo assim apenas os 11 anzóis de galho poderiam ser considerados de utilização ilícita, segundo o artigo 17, I, da lei Estadual 11.724/04 que veda o emprego desses artefatos na pesca.

Traz ainda que aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, sendo que dentre as condições impostas não foi determinada a entrega dos bens.

Por fim, narra que o barco que foi decretado o perdimento não é de sua propriedade e sim de Margarida Maria da Cruz Maia.

Desta forma, requer que seja determinado o perdimento apenas dos onze anzóis apreendidos, não sendo decretado o perdimento do barco e do motor de popa.

Em contrarrazões (f. 91-96), o *Parquet* pugna pela manutenção do *decisum*.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 141-145, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

José Carlos dos Santos Antunes interpôs apelação criminal contra a decisão de f. 20-22 que determinou o perdimento de bens apreendidos na prática de infração penal ambiental.

Aduziu que a decisão que decretou o perdimento dos bens apreendidos deve ser reformada, posto que apenas se decreta o perdimento dos instrumentos do crime, quando a fabricação, a alienação, o uso, o porte ou a detenção destes instrumentos constituem fato ilícito, sendo que apenas os 11 anzóis de galho poderiam ser considerados de utilização ilícita, segundo o artigo 17, I, da lei Estadual 11.724/04 que veda o emprego desses anzóis na pesca.

Traz ainda que aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, sendo que dentre as condições impostas não foi determinada a entrega dos bens.

Por fim, narra que o barco que foi decretado o perdimento não é de sua propriedade e sim de Margarida Maria da Cruz Maia.

Desta forma, requer que seja determinado o perdimento apenas dos onze anzóis apreendidos, não sendo decretado o perdimento do barco e do motor de popa.

Pois bem. Notório é que barco e motor de popa não são instrumentos que se destinam especificamente a causar mal ao meio ambiente, razão pela qual enseja uma maior valoração e proporcionalidade na aplicação da pena administrativa prevista em lei.

Nesse sentido, se tem que a aplicação da perda desses instrumentos somente se justifica em casos de reiteradas condutas ofensivas ao meio ambiente, de forma a atender ao princípio da proporcionalidade, porquanto deve haver correlação entre os meios para preservação do meio ambiente e os fins almejados, havendo indispensabilidade de utilização de meios estritamente necessários à finalidade de preservação do meio ambiente.

Por oportuno:

> ***"APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS. CRIME AMBIENTAL. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DE BEM APREENDIDO PRELIMINAR. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. ARTIGO 25, § 4º, DA LEI Nº 9.605/1998. NÃO COMPROVADO USO EXCLUSIVO PARA A PRÁTICA DELITIVA. INCIDÊNCIA PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DECISÃO REFORMADA. PREFACIAL REJEITADA E RECURSO PROVIDO.*** *1. Tratando-se a decretação de perda dos bens, mesmo após o trânsito em julgado, de providência expressa do art. 122 do Código de Processo Penal, a alegação de nulidade não merece guarida. 2. Para que seja possível a decretação do perdimento dos instrumentos utilizados na prática de infração ambiental, a jurisprudência dominante tem exigido provas de que eles sejam usualmente utilizados para tal fim, em atendimento ao princípio da proporcionalidade entre os meios necessários e a finalidade de preservação do meio ambiente. 3. Prefacial rejeitada e recurso provido, a fim que o barco e o motor de popa sejam restituídos aos seus legítimos*

proprietários." (TJMS; ACr 2011.036489-8/0000-00; Nova Andradina; Primeira Câmara Criminal; Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa; DJEMS 03/02/2012; Pág. 45).

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO. CAMINHÃO UTILIZADO NO TRANSPORTE DE MADEIRA. IRRESIGNAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA -VEÍCULOCOM SISTEMADE ILUMINAÇÃO PREPARADO PARA CARGA NOTURNA. PLEITO À PERDA DO BEM. PRETENSÃO INSUSTENTÁVEL. OBJETO DEUSO ESPORÁDICO E NÃO APTO PARA PRATICAR INFRAÇÃO AMBIENTAL. RECURSO IMPROVIDO. *É escorreita a decisão que libera caminhão apreendido em rodovia, carregado de madeira objeto de infração ambiental, se o uso do automotor se dá em atos ocasionais no transporte de madeira, e não como objeto útil na prática do crime, pouco importando seja ele equipado com equipamento luminoso para carregamento noturno, sistema que não se identifica apenas com essa atividade."* (TJMT; APL 35561/2011; Vera; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida; Julg. 20.09.2011; DJMT 07.10.2011; Pág. 31).

Assim, na aplicação da lei o julgador deve se incutir de um princípio ético que orienta a realização do direito no sentido de evitar injustiças e a aplicação de medidas desproporcionais, afastando a rigidez de determinada fórmula legal.

Aliás, a função interpretativa possibilita que se adeque a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios da igualdade e proporcionalidade, com uma função corretiva que viabilize aplicar o direito positivo de acordo com as normas constitucionais em vigor.

Desta forma, como o barco e o motor de popa não são instrumentos que se destinam exclusivamente a prática de crimes contra o meio ambiente, se deve segundo princípios da proporcionalidade e razoabilidade decretar a restituição dos mesmos.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso defensivo a fim de restituir a José Carlos dos Santos Antunes o motor de popa e o barco apreendidos.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (1º Vogal).

Após detida análise aos autos, acompanho o Relator que dá provimento ao recurso defensivo.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal).

Acompanho o relator para dar provimento ao recurso a fim de que sejam restituídos ao apelante o barco e o motor apreendidos, a uma porque a perda dos bens só pode advir como efeito secundário da condenação, o que não ocorreu (foi aceita a proposta de suspensão condicional do processo), a duas porque os bens não são instrumentos típicos de uso exclusivos no crime, mas, original e primariamente, é veículo de transporte fluvial, que pode vir a ser utilizado para pesca, como de fato, era utilizado pelo apelante.

Assim, a decretação em casos tais, é medida excepcional, devendo advir juntamente com a condenação, analisado anida, a proporcionalidade do dano causado ao meio ambiente, para saber se a medida se faz necessária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 01 de abril de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001024-97.2007.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL GRAVE E PORTE DE ARMA DE FOGO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – NÃO APLICAÇÃO – CRIMES AUTÔNOMOS – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – AUSÊNCIA DE EXAME COMPLEMENTAR – IRRELEVÂNCIA – LAUDO SUFICIENTE PARA ATESTAR A IMPOSSIBILIDADE DE TRABALHAR POR 30 DIAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há se falar em absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo crime de lesão corporal grave, por tratar-se de condutas autônomas, que não guardam qualquer relação de consunção, eis que praticadas em contextos fáticos distintos.

Não há necessidade de laudo de exame complementar, se a perícia juntamente com prova testemunhal constante dos autos corrobora para a classificação da lesão corporal de natureza grave.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, improver o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 18 de março de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

José Erasmo Campos da Silva interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 149-155) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, nos crimes capitulados no artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03 e artigo 129, §1º, do Código Penal, respectivamente, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, bem como 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, pleiteando, em síntese, a aplicação do princípio da consunção, absorvendo o delito de porte pelo crime de lesão corporal, assim como a desclassificação da lesão corporal grave para leve, por ausência de laudo complementar para atestar a incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.

Em contrarrazões (f. 188-193), o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 197-202, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

José Erasmo Campos da Silva interpôs apelação criminal contra a sentença (f. 149-155) que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, nos crimes capitulados no artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03 e artigo 129, §1º, do Código Penal, respectivamente, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, bem como 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto.

Postula, em síntese, a aplicação do princípio da consunção, absorvendo o delito de porte pelo crime de lesão corporal, assim como a desclassificação da lesão corporal grave para leve, por ausência de laudo complementar para atestar a incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.

DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Não assiste razão ao apelante ao requerer a absorção do delito de porte de arma pelo delito de lesão corporal grave, porque da análise dos autos, é possível constatar que os crimes se consumaram em momentos distintos, havendo notícia de que o acusado já ostentava a arma antes mesmo das lesões corporais praticadas por meio de disparo de arma de fogo.

Retira-se do termo de interrogatório do réu acostado às f. 10-11:

"[...] este revolver o interrogando comprou há uns três ou quatro meses, de uma pessoa conhecida por "Mercedão", que mora na Vila Pinheiro, tendo pago a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais); alega que comprou referido objeto porque estava recebendo ameaças de morte por telefone [...]"

Destaca-se que para a incidência do princípio da consunção, é necessária a demonstração de que um dos delitos está na linha de desdobramento do outro, ou seja, há que se vislumbrar a existência de um crime-fim e um crime-meio e, portanto, de um único dolo, o que, data vênia, não se verifica na espécie.

Com efeito, o porte de arma de fogo não aparenta estar inserido em um mesmo contexto fático-temporal do crime de lesão corporal grave, motivo pelo qual podem sobrevir condenações autônomas.

Do depoimento da vítima Arlindo Ximenes Lemes de Souza (f. 108-109), é possível extrair seus desígnios distintos, pois perguntado como era seu relacionamento com o réu, mencionou que *"[...] nunca tive briga com esse cara aí, não, senhor. Eu ia na casa dele [...]*"

Desse modo, não há se falar em relação de subordinação ou dependência entre a conduta de portar arma de fogo e atentar contra a integridade física da vítima.

Muito elucidativo é o exemplo empregado por Fernando Galvão para esclarecer a questão:

> *"Vejamos o exemplo do crime de homicídio perpetrado com o emprego de arma de fogo. O porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, por si só, é crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03. Contudo, para a caracterização do crime de porte de arma é necessário examinar o sentido e o contexto da conduta punível. Se o autor do fato pega a arma de fogo e a porta na cintura para ir a um determinado local de suas relações cotidianas, o crime de porte de arma é autônomo em relação ao homicídio que eventualmente venha a praticar no local. Quando o autor do fato toma posse da arma, o porte é o fim perseguido por ele. Posteriormente, o emprego da arma portada não descaracteriza o crime já consumado. Todavia, se o auto do fato não está na posse da arma e a usa exclusivamente para a prática do homicídio, o crime contra a vida absorve o crime de porte de arma. A situação é bastante freqüente. Sendo agredido pela vítima em um bar, o autor do fato dirige-se a um*

determinado local em que saiba existir a arma, pega-a e retorna ao bar para matar seu desafeto. Nesse exemplo, quando o autor do fato pega a arma já a considera instrumento necessário para a realização da conduta homicida. É de observar, entretanto, que o crime de homicídio não tem início com a posse da arma de fogo. Se o autor do fato for preso no percurso de retorno ao bar, deverá responder apenas por porte de arma, pois ainda não teve início o crime de homicídio" (*in* Direito Penal. Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 117.)

Nesse sentido, segue a jurisprudência:

"APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. LESÃO CORPORAL. AUSÊNCIA DE DOLO. DESCABIMENTO. Os elementos coligidos aos autos deixam estreme de dúvida que o disparo efetuado pelo acusado não se deu de forma acidental, razão pela qual não há que falar em ausência de dolo. Porte ilegal de arma. Incidência da abolitio criminis temporária e proteção do acusado. Afastamento. No caso em tela, afasta-se a pretensão defensiva de ver reconhecida a abolitio criminis temporária, na medida em que o réu restou condenado pelo delito de porte de arma de uso permitido - Artigo 14, caput, da Lei nº 10.826/03 -, o qual não se encontra abarcado pelos artigos 30 e 32 da mesma Lei. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Os delitos ocorreram em momentos fáticos distintos, dado este que também inviabiliza a absorção pretendida pela defesa, já que o porte da arma deu-se em momento anterior às lesões corporais praticadas por meio de disparo de arma de fogo. Dosimetria da pena. Crime de lesão corporal. Redimensionamento da pena basilar. Descabimento. Constituindo a aplicação da pena processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada, cujo escopo é a prevenção e a reprovação das infrações penais, regulado pelo art. 59 do Código Penal, mostra-se escorreito o afastamento da pena basilar do patamar legal mínimo quando existente vetor judicial negativo, ainda que a culpabilidade, na espécie, não possa ser sobrelevada em desfavor do incriminado. Apelo defensivo desprovido." (TJRS; ACr 479020-82.2011.8.21.7000; Sobradinho; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Rosane Ramos de Oliveira Michels; Julg. 28/06/2012; DJERS 14/08/2012).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE DE ARMA. LESÃO CORPORAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONTEXTO FÁTICO DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. INVIÁVEL. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Não há que falar em aplicação do princípio da consunção se o conjunto probatório demonstra claramente que as condutas de lesionar e portar arma de fogo foram autônomas, pois o réu adquiriu a arma de fogo em data anterior ao entrevero com a vítima, sem qualquer vínculo da ação que resultou na lesão corporal, assim, embora a sua conduta se subsuma, em tese, a dois tipos penais, quais sejam. porte de arma e lesão corporal, somente restaria absorvido se um fosse o meio necessário ou normal fase de preparação ou execução do outro. 2. A conduta social não deve ser avaliada de forma negativa com base na folha penal do réu ou na reiteração de condutas criminosas, porquanto esta deve se referir ao papel do agente junto à sociedade. 3. Tendo em vista a fundamentação genérica para a circunstância personalidade, esta deve ser afastada. 4. Inaplicável a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), em observância ao inciso III do referido artigo, uma vez que cabível a substituição de pena prevista no art. 44 do Código Penal. 5. Recurso parcialmente provido para reduzir o quantum das penas aplicadas, fixando-a definitivamente em 2 (dois) anos de reclusão, regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo unitário, e substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos." (TJDF; Rec 2009.10.1.009187-7; Ac. 545.006; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos; DJDFTE 07/11/2011; Pág. 159).

> *"PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. LESÃO CORPORAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA SEGURA DA AUTORIA. CONFISSÃO. PROVA TESTEMUNHAL. 1. Não há de se falar em absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico-familiar, por tratar-se de condutas autônomas, que não guardam qualquer relação de consunção, eis que praticadas em contextos fáticos distintos. 2. Observado que a aquisição da arma de fogo se deu em momento anterior e com finalidade diversa do delito praticado contra a companheira, tal conduta não pode ser entendida como mero ato de preparação do crime posterior, não se aplicando à hipótese o princípio da absorção ou consunção. 3. É de ser mantida a condenação, respaldada pelo conjunto probatório dos autos, notadamente pela confissão do acusado, corroborada pelo depoimento do policial que o prendeu em flagrante quando transportava uma arma de fogo no interior do veículo. 4. Recurso conhecido e não provido."* (TJDF; Rec. 2008.07.1.016485-5; Ac. 472.344; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Jesuíno Rissato; DJDFTE 19/01/2011; Pág. 170).

Sendo assim, no presente caso, a conduta de portar ilegalmente arma de fogo não pode ser absorvida pelo crime de lesão corporal grave, uma vez que os crimes foram consumados em contextos fáticos distintos, pois o porte de arma, de modo continuado e independente, antecedia aos fatos relativos ao delito de lesão corporal, restando evidente a existência de crimes autônomos, não incidindo, portanto, o princípio da consunção.

DA DESCLASSIFICAÇÃO DE LESÃO CORPORAL GRAVE PARA LESÃO CORPORAL LEVE, ANTE A AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO COMPLEMENTAR.

Requer o apelante a desclassificação do delito de lesão corporal grave para lesão corporal simples, alegando a imprescindibilidade do exame de corpo de delito complementar para a caracterização do delito de lesão corporal grave.

Todavia, também não lhe assiste melhor sorte.

Somente se torna necessária a elaboração da perícia complementar quando, no laudo confeccionado não for possível constatar a gravidade da lesão. Ou seja, é dispensável o laudo complementar quando evidenciada a gravidade por meio do primeiro exame.

No escólio do mestre Tourinho Filho[1]:

> *"Muitas vezes os peritos não podem, logo ao primeiro exame, classificar a lesão, tornando-se indispensável o exame complementar 9. [...]. Às vezes, ao primeiro exame, os peritos não podem afirmar se o ofendido ficará ou não incapacitado para as ocupações habituais por mais de 30 dias. E essa circunstância é, também, relevantíssima, porque, se o ofendido, em virtude da lesão sofrida, ficar incapacitado para as ocupações habituais por mais de trinta dias, a lesão corporal passará a ser grave, nos termos do art. 129, §1º, I, do CP. Desse modo, haverá a necessidade de exame complementar, que será realizado conforme dispõe o §2º do art. 168, logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime."*.

O laudo de exame de corpo de delito (f. 44-45) esclarece firmemente que a vítima sofreu lesões de natureza grave.

Ademais, o artigo 168, § 3º, prescreve que a falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal. Pois bem, consta das declarações da vítima em fase judicial (f. 107-109) que ele ficou três meses e quinze dias sem poder realizar suas ocupações habituais.

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol. 3* – 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 263.

Desta forma, o caso em análise, demonstra claramente a desnecessidade do exame complementar, uma vez que, por ocasião da realização do primeiro exame, a perícia logo constatou que a lesão corporal perpetrada pelo apelante em face da vítima Arlindo, resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

Insta salientar, que, mesmo que o primeiro exame tivesse sido incompleto, não seria o caso de exame complementar, dado que a gravidade das lesões foram também comprovadas por meio de prova testemunhal.

Aliado ao resultado do exame de corpo de delito realizado, está a palavra da vítima, atestando que sofreu lesão corporal de natureza grave, ficando com o perna engessada, se estendendo 1/3 médio da coxa esquerda ao pé, por aproximadamente três meses e quinze dias, o que o impossibilitou de exercer suas atividades habituais por mais de trinta dias.

Nesse sentido, eis os recentíssimos julgados das Cortes Superiores e desse Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. ART. 129, § 1.º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME POR AUSÊNCIA DE LAUDO DE EXAME COMPLEMENTAR, POSTERIOR AOS 30 DIAS DE AFASTAMENTO.*
>
> *IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO QUE SE FUNDAMENTA EM PROVA TESTEMUNHAL E NO ARRANJO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE CONTIDO NA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. O Tribunal de origem consignou que restou devidamente comprovada a incapacidade da vítima para suas ocupações habituais por mais de trinta dias, a partir do laudo pericial inicial, do testemunho da mãe da vítima e do depoimento do médico que prestou assistência inicial, todos no mesmo sentido, formando um conjunto probatório harmônico e idôneo. Assim, para se firmar entendimento diverso, seria necessário reapreciar as provas produzidas, o que encontra óbice no enunciado n.º 07 da Súmula desta Corte.*
>
> *2. Decisão que mantém por seus próprios fundamentos.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 129.943/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012).
>
> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. LESÕES CORPORAIS GRAVES. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. LAUDO PERICIAL COMPLEMENTAR. PROVA TESTEMUNHAL. SUPRIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMI-ABERTO. LEGITIMIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso ordinário, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena. Precedentes: HC 98.900/MS, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento em 05/10/2010; HC 94.882/RS, Relator Min. Menezes Direito, Primeira Turma, Julgamento em 07/04/2009; HC 90.045/RJ, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 10/2/2009. 2. In casu: a) o magistrado de primeiro grau julgou o réu como incurso nas penas do crime de lesão corporal grave (art. 129, § 1º, incisos I e II), sendo que a figura básica do tipo penal foi qualificada por ter a vítima restado incapacitada para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, mercê da ocorrência do perigo de vida. b) A pena definitiva restou fixada em 2 (dois) anos e*

6 (seis) meses de reclusão, tendo por base as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desfavoráveis ante a presença de antecedentes criminais. 3. O laudo complementar previsto no art. 168, § 2º, do Código de Processo Penal, exigível para o caso de crime de lesão corporal qualificada pela incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, pode ser suprido por prova testemunhal. 4. Deveras, o art. 182 do referido diploma dispõe que o juiz não está adstrito ao laudo, mormente quando decide à luz do conjunto probatório dos autos. 5. A dilação probatória é indispensável para se infirmar a tese de ocorrência de perigo para a vida da vítima; in casu, caracterizada pelo ferimento causado mediante golpe de faca no lado esquerdo do tórax, que a levou à hospitalização por 8 (oito) dias, atestado por laudo pericial. 6. O regime inicial de cumprimento da pena está fundado em elementos concretos que revelam circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. 7. Ordem denegada." (STF, HC 104557, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-185 DIVULG 26-09-2011 PUBLIC 27-09-2011 EMENT VOL-02595-01 PP-00080).

"APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL GRAVE – TESE DE LEGÍTIMA DEFESA – MEIO DESPROPORCIONAL PARA REPELIR INJUSTA AGRESSÃO ANTERIOR DA VÍTIMA – NÃO CONFIGURADA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – AUSÊNCIA DE EXAME COMPLEMENTAR – IRRELEVÂNCIA – LAUDO SUFICIENTE PARA ATESTAR A IMPOSSIBILIDADE DE TRABALHAR POR 30 DIAS E PERIGO DE VIDA DA VÍTIMA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para que se configure legítima defesa é necessário o uso moderado dos meios necessários para repelir agressão e, na hipótese, a apelante desferiu golpes de faca no peito da vítima, porque esta a teria chutado na perna, bem como colocado a mão em sua face.

Não há necessidade de laudo de exame complementar, se a perícia juntamente com prova testemunhal constante dos autos corrobora para a classificação da lesão corporal de natureza grave." (TJMS, ACr n. 2011.028742-4/0000-00, Primeira Câmara Criminal, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, Julgamento: 05/03/2012, Publicação: 09/03/2012 Diário n. 2605).

"APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RÉU QUE ALEGA TER AGIDO SOB O PÁLIO DA LEGÍTIMA DEFESA – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – EXCLUDENTE DE ILICITUDE NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS – AFASTADA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – INVIABILIDADE – LAUDO CONCLUSIVO A DEMONSTRAR A INCAPACIDADE HABITUAL POR MAIS DE 30 DIAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Ausente os requisitos previstos no art. 25 do Código Penal, tais como agressão atual ou iminente e uso moderado dos meios necessários, não há como acolher a excludente de ilicitude da legítima defesa.

Se o laudo de exame de corpo de delito de lesão corporal e o laudo complementar concluem que houve a incapacidade habitual da vítima por mais de trinta dias, inviável a desclassificação do crime de lesão corporal de natureza grave para lesão leve." (TJMS, ACr n. 2011.034622-3/0000-00, Segunda Câmara Criminal, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, Julgamento: 13/02/2012, Publicação: 17/02/2012, Diário n. 2592).

Assim, o pedido do apelante, no sentido de que seja desclassificada a lesão corporal de natureza grave para a leve, como já afirmado, não deve ser acolhido.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso interposto por **José Erasmo Campos da Silva.**

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor).

Em detida análise aos autos, acompanho o e. Relator que nega provimento ao recurso defensivo.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Vogal).

Peço vênia para dissentir dos meus pares e aplicar o princípio da consunção ao caso dos autos.

Após acurada análise dos elementos coligidos, tenho que as condutas descritas não devem ser cindidas para a imputação de dois crimes: de porte de arma de fogo de uso permitido e de lesões corporais graves.

Há de ser observado que o porte de arma de fogo foi narrado na inicial acusatória como fato autônomo porque o artefato havia sido *adquirido* em momento anterior ao *portar* efetivamente e o das lesões corporais perpetradas.

Entendo que portar arma de fogo - ainda que adquirida anteriormente – e usá-la para perpetrar as lesões corporais não deve implicar em concurso de crimes mas, por decorrência lógica, ser reconhecida a absorção do primeiro pelo segundo.

A propósito, confira-se o recente julgado abaixo ementado extraído do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL. CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CAÇA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA N. 7/STJ.*
>
> *1.* **O princípio da consunção pressupõe que seja um delito meio ou fase normal de execução do outro crime (crime fim), sendo que a proteção de bens jurídicos diversos e absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade não são motivos para, por si sós, impedirem a referida absorção. Precedentes.**
>
> *2. Tendo o Tribunal a quo afirmado que o crime de porte ilegal de arma de fogo fora meio necessário para a perpetração do delito de caça, exaurindo-se ali sua potencialidade, entendimento em sentido contrário quanto à autonomia e independência de tais comportamentos, demandaria revolvimento do material fático/probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial ante o óbice contido na Súmula n. 7/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."*
>
> (AgRg no REsp 1252305/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 14/09/2012).

Não fosse apenas isso, o magistrado de instância singela expressamente afirmou que não aplicou a consunção porque o apelante teria incorrido no art. 14 do Estatuto do Desarmamento pela prática do verbo *adquirir*. Confira-se o excerto abaixo da sentença (152-153):

Em derradeiro, resta analisar se é caso de aplicação do princípio da consunção, em que o crime menos grave cometido como meio para o crime mais grave é por este último absorvido. Trata-se do fato anterior não punível.

Em princípio, poderia se dizer que o caso dos autos narra uma conduta de porte de arma na mesma noite em que o agente disparou contra a vítima e lhe causou lesões. Por certo que, nesse contexto particular, o porte ilegal de arma (crime-meio) restaria absorvido pelo delito de lesão corporal (crime-fim).

Contudo, a peça acusatória expõe que o acusado, em momento totalmente anterior, adquiriu uma arma de fogo, sem autorização legal e em desacordo com determinação regulamentar. A aquisição ocorreu no início do ano de 2007 e foi confirmada pelo réu em juízo. A lesão corporal veio a acontecer tempos depois, e 06 de maio do mesmo ano, razão pela qual não aplica ao caso o princípio da consunção. Os fatos, devidamente comprovados nos autos, não sobrevieram no mesmo contexto fático, de modo que a condenação do réu pelos dois delitos é de rigor.

Ressalte-se que a aquisição de arma de fogo, muito embora descrita no art. 14 da Lei 10.826/03, é também ato anterior ao verbo *possuir* descrito no art. 12 da citada lei.

Ocorre que em 2007, época do fato em exame, havia a descriminalização da posse de arma de uso permitido, conforme já assentado no Superior Tribunal de Justiça (*v.g*. HC 137664/RJ e HC 243759/SP).

Exsurge, portanto, da narrativa acusatória, assim como da sentença a consunção dos crimes, não havendo o juiz prolator da sentença aplicado ao caso versado nos autos com base em premissa dúbia quanto a adquirir arma de fogo de uso permitido.

Quanto ao pedido de desclassificação da lesão grave para a leve, este deve ser improvido, nos temos do e. Relator.

Logo, dá-se **parcial provimento** ao recurso para afastar-se da condenação o crime do art. 14 da Lei 10.826/03, consumido pelo art. 129, §1.º, inciso I, do Código Penal, tornando-se definitiva a pena deste em 1 ano e 2 meses de reclusão, permanecendo os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 18 de março de 2013.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 0005767-92.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

E M E N T A - REVISÃO CRIMINAL – POLICIAL MILITAR – CRIME MILITAR – CONCUSSÃO – CONDENAÇÃO SUPERIOR A DOIS ANOS – APLICAÇÃO DA PENA ACESSÓRIA DE EXCLUSÃO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA – EFEITO DA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – REVISIONAL DEFERIDA.

Consoante precedentes das Cortes Superiores e deste Tribunal de Justiça, no caso de condenação proferida pela Justiça Militar Estadual, a imposição da pena acessória de perda da graduação do praça condenado criminalmente a pena superior a dois (2) anos deve ser decidida pelo Tribunal de Justiça ou, onde existir, pelo Tribunal de Justiça Militar, não mais se aplicando o artigo 102 do Código Penal Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, deferir a revisional, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 9 de abril de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de revisão criminal requerida por Edivaldo Sodré Meira, condenado à pena definitiva de três (3) anos e seis (6) meses de reclusão, pela prática da conduta delituosa de concussão (CPM, art. 305), com aplicação da pena acessória de exclusão das fileiras da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, nos termos do artigo 102 do Código Penal Militar.

Argumenta, em apertada síntese, que a pena acessória não poderia ser aplicada, por ofender o artigo 125, § 4º, da Constituição Federal. Requer, ao final, a desconstituição da sentença penal condenatória, nessa parte, com a sua conseqüente reintegração aos quadros da Polícia Militar Estadual.

A sentença penal condenatória foi confirmada pela Egrégia Segunda Câmara Criminal deste Sodalício.

O acórdão transitou em julgado em 20 de setembro de 2004.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo deferimento do pedido.

VOTO (EM 26.3.2013)

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora)

Trata-se de revisão criminal requerida por Edivaldo Sodré Meira, condenado à pena definitiva de três (3) anos e seis (6) meses de reclusão, pela prática da conduta delituosa de concussão (CPM, art. 305), com aplicação da pena acessória de exclusão das fileiras da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, nos termos do artigo 102 do Código Penal Militar.

Argumenta, em apertada síntese, que a pena acessória de exclusão das fileiras da corporação não poderia ser aplicada, por ofender o artigo 125, § 4º, da Constituição Federal.

Requer, ao final, a desconstituição da sentença penal condenatória, nessa parte que o excluiu da corporação, com a sua conseqüente reintegração aos quadros da Polícia Militar Estadual.

A sentença penal condenatória foi confirmada pela Egrégia Segunda Câmara Criminal deste Sodalício.

O acórdão transitou em julgado em 20 de setembro de 2004.

Nos termos do julgamento do Recurso Extraordinário n. 121.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlvida Pertence, j. 26/4/1990, Supremo Tribunal Federal, a perda de graduação dos praças apenas pode ser imposta em processo específico, não podendo ser imposta como pena acessória ou como efeito automático da sentença penal condenatória, ainda que imposta pena superior a dois (2) anos, *in verbis*:

> *"MILITAR: PRAÇAS DA POLICIA MILITAR ESTADUAL:* ***PERDA DE GRADUAÇÃO: EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ESPECIFICO (CF 88, ART. 125, PARÁGRAFO 4, PARTE FINAL)*** *DE EFICÁCIA IMEDIATA: CADUCIDADE DO ART. 102 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.* ***O ARTIGO 125, PARAGRAFO 4,'IN FINE', DA CONSTITUIÇÃO, SUBORDINA A PERDA DE GRADUAÇÃO DOS PRAÇAS DAS POLICIAS MILITARES A DECISÃO DO TRIBUNAL COMPETENTE, MEDIANTE PROCEDIMENTO ESPECIFICO****, NÃO SUBSISTINDO, EM CONSEQÜÊNCIA, EM RELAÇÃO AOS REFERIDOS GRADUADOS O ARTIGO 102 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE A IMPUNHA COMO PENA ACESSÓRIA DA CONDENAÇÃO CRIMINAL A PRISÃO SUPERIOR A DOIS ANOS. A NOVA GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS GRADUADOS DAS POLICIAS MILITARES E DE EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA, APLICANDO-SE, NO QUE COUBER, A DISCIPLINA LEGAL VIGENTE SOBRE A PERDA DE PATENTE DOS OFICIAIS E O RESPECTIVO PROCESSO."*

Confira-se, ainda, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 358.961, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlvida Pertence, j. 10/2/2004, Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> *"EMENTA: Praças da Polícia Militar estadual: perda de graduação: exigência de processo específico pelo art. 125, § 4º, parte final, da Constituição, não revogado pela Emenda Constitucional 18/98: caducidade do art. 102 do Código Penal Militar.*
>
> *O artigo 125, § 4º, in fine, da Constituição, de eficácia plena e imediata, subordina a perda de graduação dos praças das policias militares à decisão do Tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em conseqüência, em relação aos referidos graduados o artigo 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.*
>
> *A EC 18/98, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (CF, art. 142, VII), não revogou o art. 125, § 4º, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças."*

Do voto proferido pelo eminente rel. Min. Sepúlvida Pertence, colhem-se os seguintes fragmentos, *in verbis*:

> *"[...] Vários julgados do STF, anteriores e posteriores à EC n. 18/98, reiteram o entendimento de que à Justiça Militar estadual compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como resultante da condenação criminal que a ela, Justiça Militar estadual, coube impor, não subsistindo, em conseqüência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Cód. Penal Militar, sem prejuízo da perda da graduação como sanção administrativa disciplinar [...].*
>
> *A EC 18/98 ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (art. 142, VII) não revogou o art. 125, § 4º, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças. [...].*
>
> *Nesse sentido:*
>
> *PENAL E PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS. *ART. 243 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRAÇA POLICIAL MILITAR. CONDENAÇÃO CRIMINAL. PENA ACESSÓRIA DE PERDA DA GRADUAÇÃO IMPOSTA EM PRIMEIRO GRAU E CONFIRMADA PELO E. TRIBUNAL A QUO EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 125, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OCORRÊNCIA.* ***DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE EXIGE PROCESSO ESPECÍFICO.*** *PRECEDENTES DESTA CORTE E DO PRETÓRIO EXCELSO.*
>
> *I – 'A perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação dos praças da corporação militar, somente revela-se possível mediante julgamento específico pelo Tribunal competente, nos termos do art. 125, § 4º, in fine, da Constituição, que derrogou o art. 102, do Código Penal Militar, em relação aos policiais e bombeiros militares. Precedentes desta Corte e do STF.'* (HC 75.494/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Convocado do TRF da 1ª Região – DJU de 10/12/2007).
>
> *II – 'O artigo 125, § 4º, in fine, da Constituição, de eficácia plena e imediata, subordina a perda de graduação dos praças das policias militares à decisão do Tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em conseqüência, em relação aos referidos graduados o artigo 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. A EC 18/98, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (CF, art. 142, VII), não revogou o art. 125, § 4º, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças.'* (RE 358.961/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12/03/2004).
>
> ***Habeas corpus concedido para afastar da condenação a exclusão do paciente da corporação militar, em face da ausência de procedimento específico.****"*
>
> *(STJ, HC n. 99.943, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 15/5/2008).*

Na esteira do entendimento das Cortes Superiores, esta Seção Criminal julgou procedente a revisão criminal n. 2005.014458-9, sendo Relator o Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 14/4/2006, *in verbis*:

> *"REVISÃO CRIMINAL – CONCUSSÃO – NULIDADE DO JULGAMENTO – POLICIAL MILITAR – PRAÇA – CONDENAÇÃO – PENA ACESSÓRIA – EXCLUSÃO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DEFERIDO.*
>
> *Consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal, no caso de condenação proferida pela Justiça Militar Estadual, a imposição da pena acessória de perda de*

graduação do praça deve ser decidida pelo Tribunal de Justiça ou, onde existir, pelo Tribunal de Justiça Militar, não mais se aplicando o art. 102 do Código Penal Militar."

Diante do exposto, com o parecer, **defiro a presente revisão criminal para excluir da sentença penal condenatória a pena acessória de exclusão das fileiras da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul,** reintegrando o requerente aos quadros da Polícia Militar Estadual a partir da data em que se efetivou o ato de exclusão.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

De acordo com a Relatora.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO 1º VOGAL (DES. CARLOS CONTAR), APÓS A RELATORA, O REVISOR E O 2º VOGAL DEFERIREM A REVISIONAL. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (EM 9/4/2013)

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho a relatora e defiro a revisional, para o fim de excluir da condenação a determinação de perda da graduação do praça **EDIVALDO SODRÉ MEIRA** imposta pelo Conselho Permanente de Justiça, uma vez que nos termos do remansoso entendimento jurisprudencial, a competência para imposição de tal sanção é do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Justiça Militar, onde houver, em procedimento específico.

A este respeito, os seguintes precedentes jurisprudenciais: STF, **HC 104.751**, 1ª T., rel. Min. LUIZ FUX, j. 18/10/2011, DJ 04/11/2011, p. 34; STJ, **HC 191.371**, 5ª T., rel. Min. JORGE MUSSI, j. 04/10/2012, DJ 09/10/2012; TJES, **RevCr 0000957-85.2012.8.08.0000**, Câm. Crim. Reunidas, rel.ª Des.ª MARIA CRISTINA DE SOUZA FERREIRA, j. 10/12/2012, DJ 18/12/2012; TJMG, **Ap 1.0145.08.472461-9/001**, rel.ª Des.ª HELOISA COMBAT, j. 06/09/2012, DJ 12/09/2012.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (3º Vogal)

De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (4º Vogal)

De acordo com a Relatora.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (5º Vogal)

De acordo com a Relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DEFERIRAM A REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 09 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4001706-86.2013.8.12.0000 - Sidrolândia
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRISÃO EM FLAGRANTE – ALEGAÇÃO DE NULIDADE – HIPÓTESE DE FLAGRANTE IMPRÓPRIO OU QUASE–FLAGRANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 302, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL– INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE – FLAGRANTE VÁLIDO.

Não há falar em irregularidade na prisão em flagrante, pois, a família da menor/vítima, momentos após o ocorrido, procurou a autoridade policial para registrar a ocorrência e, em sequência, assim que os agentes policiais tomaram ciência do crime, sairam ao encalço do paciente, que foi preso ainda no mesmo dia dos fatos, o que demonstra a hipótese de prisão em flagrante, nos moldes previstos no artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal.

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE GARANTIR-SE A ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA PERPETRADA - PACIENTE QUE RESPONDE A OUTROS PROCESSOS DA MESMA NATUREZA - PERIGO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA - PRISÃO MANTIDA - ORDEM DENEGADA.

Há que se manter a custódia cautelar do paciente, ao qual foi imputada a conduta prevista no art. 217-A, c.c. o art. 14, II, todos do Código Penal, consistente na tentativa de constranger vítima vulnerável (sua neta) à conjunção carnal, pois, além da gravidade em concreto da conduta perpetrada, o paciente responde a mais dois processos por crimes da mesma natureza, o que demonstra a necessidade da constrição cautelar para garantir-se a ordem pública e impedir-se a reiteração criminosa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 22 de abril de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora.

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de L. T., preso em flagrante, em data de 10.10.2012, por suposta prática do delito previsto no artigo 217-A, c/c artigo 14, II, todos do Código Penal (tentativa de estupro contra vulnerável).

Apontando como autoridade coatora o Juiz da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia-MS, assevera, inicialmente, a ilegalidade da prisão em flagrante do paciente, uma vez que esse, quando da efetivação dessa prisão, não se encontrava em situação de flagrância.

Aduz, para isso, que o suposto fato aconteceu às 01h00m do dia 10.10.2012, sendo que a mãe da vítima, ao ter ciência do ilícito, expulsou o paciente de sua residência, mas, somente horas após o ocorrido é que compareceu à Delegacia para registrar boletim de ocorrência, tanto que a prisão em comento somente se efetivou às 16h00m do citado dia.

Outrossim, alega a ausência dos requisitos válidos a ensejar o decreto prisional cautelar do paciente, pois, além dele preencher os pressupostos subjetivos necessários para aguardar o deslinde processual em liberdade, em caso de condenação, possivelmente cumprirá a pena em regime mais brando ao que ora se encontra, já que primário e sem antecedentes criminais.

Requer, destarte, o deferimento do pleito liminar, com a imediata soltura do paciente e, ao final, a ratificação desse pedido, com a concessão definitiva da ordem.

Liminar indeferida à f. 50-2.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 57-9, opinando pela denegação da ordem.

Informações prestadas pela autoridade coatora à f. 63-4.

Ratificação do parecer ministerial à f. 65.

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de L. T., preso em flagrante, em data de 10.10.2012, por suposta prática do delito previsto no artigo 217-A, c/c artigo 14, II, todos do Código Penal (tentativa de estupro contra vulnerável).

Apontando como autoridade coatora o Juiz da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia-MS, assevera, inicialmente, a ilegalidade da prisão em flagrante do paciente, uma vez que esse, quando da efetivação dessa prisão, não se encontrava em situação de flagrância.

Aduz, para isso, que o suposto fato aconteceu às 01h00m do dia 10.10.2012, sendo que a mãe da vítima, ao ter ciência do ilícito, expulsou o paciente de sua residência, mas, somente horas após o ocorrido é que compareceu à Delegacia para registrar boletim de ocorrência, tanto que a prisão em comento somente se efetivou às 16h00m do citado dia.

Outrossim, alega a ausência dos requisitos válidos a ensejar o decreto prisional cautelar do paciente, pois, além dele preencher os pressupostos subjetivos necessários para aguardar o deslinde processual em liberdade, em caso de condenação, possivelmente cumprirá a pena em regime mais brando ao que ora se encontra, já que primário e sem antecedentes criminais.

Requer, destarte, o deferimento do pleito liminar, com a imediata soltura do paciente e, ao final, a ratificação desse pedido, com a concessão definitiva da ordem.

A ordem deve ser denegada.

No que se refere à ocorrência de ilegalidade na prisão em flagrante do paciente, tal não ocorreu.

Consoante se vislumbra da decisão que converteu o flagrante em preventiva (à f. 40-3), a magistrada singular, de forma pormenorizada, ao ratificar a decisão anterior que homologava o auto de flagrante, discorreu sobre a sua validade, dizendo que:

> *"[...] Inicialmente, no tocante à prisão em flagrante, ratifico a decisão anterior que homologou o auto de flagrante, por entender presente a situação de flagrância como determina a lei.*
>
> *Assim porque, a lei processual penal não estipula um prazo certo e determinado para que possa alguém ser preso em flagrante. A questão temporal dever ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, segundo as variantes de cada caso concreto, para o reconhecimento ou não da flagrância presumida ou quase-flagrante. Ainda, é preciso distinguir o flagrante propriamente dito (quando o agente é preso cometendo a infração ou logo que acaba de cometê-la), do quase flagrante ou flagrante-presumido. No sentido genérico, flagrância é um relacionamento de conduta, tempo e espaço que rodeia a infração e que caracteriza a ardência da mesma, enquanto ainda vivos, na percepção de todos, os vestígios materiais do crime. A flagrância, propriamente dita, diz respeito ao próprio cometimento do crime, na sua evidência de atualidade. A quase-flagrância (onde a lei admite lavratura do respectivo auto, com a consequente custódia do indivíduo) diz respeito ao tempo e lugar próximos da infração (tanto quando o suspeito ou autor 'é perseguido '"logo após"" - artigo 302, III, do CP - como quando 'é encontrado, logo após, com objetos, armas, etc. [...] que façam presumir seja ele o autor da infração - inciso IV, art. 302 do CPP). A Lei não estabelece limite temporal e nem dá o entendimento das expressões 'logo após' e 'logo depois', nos caso de quase-flagrância. Se, de um lado, não devem ser interpretadas com extremos e demasias, de outro lado deve ser considerado o interesse social na repressão dos crimes.*
>
> *No caso concreto 'a mãe da menor, Emoria Amaro Tomé, contou (fls. 07), que por volta das 2:00 horas do dia 10 de outubro de 2012, seu filho Dione lhe acordou dizendo que o avô, ora indiciado, havia tentado estuprar sua irmã, Taísa, adentrando em seu quarto, que conseguiu fugir. E, após a notícia, expulsou seu genitor (avô da vítima) da casa, pois encontrou no quarto os chinelos, a cueca e uma embalagem de preservativos ao lado da cama da filha'.*
>
> *Com essa notícia, foi à autoridade policial, no mesmo dia e lavrou o B.O 1869/2012, durante à madrugada, no plantão do policial civil João Carlos Veronese Lemos, conforme f. 05, tendo ocorrido a prisão no decorrer do mesmo dia dos fatos, ou seja, 10/10/2012, conforme comunicação juntada f. 01/04.*
>
> *Logo entendo que o delito tinha acabado de ser cometido quando a genitora da menor procurou a polícia, sendo que esta, imediatamente, passou a perseguir o paciente, encontrando-o no posto de combustível Pé de Cedro, nesta comarca, inclusive confessando a prática delituosa.*
>
> *Pelo que, entre o fato, a comunicação dele à polícia e a prisão do paciente não transcorreu lapso temporal capaz de descaracterizar o estado de flagrância."*

Conforme se depreende dos autos, a família da menor, logo após ser cientificada de que o avô dessa tentou dela abusar sexualmente, no mesmo dia procurou a autoridade policial a fim de registrar Boletim de Ocorrência, sendo que a prisão do acusado/ora paciente ocorreu apenas poucas horas depois do fato, não havendo falar-se na ilegalidade desse flagrante.

Em situação análoga, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"Em se tratando de quase-flagrante ou flagrante impróprio relativa a fato contra menor, o tempo a ser considerado medeia entre a ciência do fato pelo seu representante e as providências legais que este venha a adotar para a perseguição do paciente. Havendo perseguição ao ofensor, por policiais, logo após terem sido informados do fato pela mãe da vítima, caracterizado está o estado de quase-flagrância, pouco importando se a prisão ocorreu somente quatro horas após. Fato comprovado que dá subsistência ao auto de prisão em flagrante. Ordem denegada."* (STJ/ RT 724/585 e RSTJ 83/271).

Logo, resta afastado o vício apontado pelo impetrante, já que plenamente válida a prisão em flagrante do paciente.

Quanto à ausência dos requisitos da prisão preventiva, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Verifica-se que a autoridade coatora, ao converter o flagrante em preventiva, bem como analisar pedido de liberdade provisória do paciente, fundamentou a necessidade da segregação cautelar, dizendo que:

> *"Sobre a representação pela conversão da prisão preventiva e, consequente análise do pedido de concessão de liberdade provisória, deve ser observado pelo prisma dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.*
>
> *A materialidade está presente, pelo depoimento da vítima e de seus familiares, bem como os indícios de autoria recaindo na pessoa do réu, que inclusive confessou a prática delitiva.*
>
> *Assim, entendo que o delito em tela trouxe grande clamor público, considerando as condições em que se ocorreram os fatos, aumentado, ainda, pelo fato de ser o representado avô materno da vítima, presumindo-se a ascendência que este exerce sobre a mesma, considerando, ainda, o mesmo ter se aproveitado da situação de coabitação, onde usufruía da confiança dos demais integrantes da família, demonstrando, desta forma, a total indiferença com eventuais abalos que a vítima poderia sofrer ou com as consequências que seu ato poderia representar para a unidade familiar em que habitava, configurando, assim, abalo à ordem pública.*
>
> *Não bastasse isto, a mesma ascendência que o representado possui com a vítima, bem como a concessão da liberdade, neste momento, são fatores que poderiam interferir no depoimento da vítima, que certamente sentiria-se acuada, com grande sensação de insegurança, prejudicando, desta forma a instrução processual e o resultado da ação penal a ser instaurada oportunamente.*
>
> *Ademais, há que se convir que o representado não possui qualquer comprovação de endereço fixo ou ocupação lícita, até porque fica evidente nos autos que o mesmo habitava a residência onde se deram os fatos, certamente o local onde não poderá mais voltar em caso de liberdade.*
>
> *Além disto, o delito enquadra-se no artigo 313, I e III, do Código de Processo Penal, uma vez que é punível com pena privativa de liberdade superior à 04 anos, bem como foi cometido em situação de violência doméstica contra infante, no caso a própria neta do representado. Assim sendo, com base nos artigos 312 e 313, I e III, ambos do Código de Processo Penal, acolho a representação da autoridade policial para decretar a prisão preventiva do representado Luiz Tomé."*

A prisão preventiva é medida de extrema exceção, sendo justificada somente em casos extremos, onde a segregação preventiva é a *ultima ratio*, em razão da presença inequívoca das causas de admissibilidade, dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, devendo ser fundamentada concretamente. A

jurisprudência dos Tribunais Superiores se posiciona no sentido de que a custódia cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando preenchidas, mediante decisão judicial fundamentada concretamente, com a presença das causas de admissibilidade, pressupostos e fundamentos, isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva é a regra, e o enclausuramento preventivo, a exceção, por força do princípio da presunção de inocência.

Eis o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *"[...] AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. [...]"* (HC 100430, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168, DIVULG.: 24-08-2012, PUBLIC.: 27.08.2012).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *"[...] A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada, as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal [...]."* (HC 235.987/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 18/06/2012).

Porém o caso presente é hipótese que autoriza a prisão processual (crime doloso cuja pena máxima, em abstrato, é superior a 04 anos – art. 313, I, do Código de Processo Penal), bem como há a presença do *fummus comissi delicti,* pelos elementos de informações colhidos na peça flagrancial.

Quanto à autoria, a Lei não exige sua prova cabal, tal como faz quanto à existência do crime, apenas exige "indícios suficientes", optando pela necessidade da verossimilhança da acusação no sentido de que os pacientes sejam autores ou participes do fato apurado, tal como ocorre no caso em epígrafe.

O *periculum libertatis*, por sua vez, conforme bem restou consignado na decisão atacada, está consubstanciado na necessidade de acautelar-se a ordem pública e a instrução criminal, pois trata-se de um crime de tentativa de estupro de um avô contra a sua neta menor de idade, o qual somente não conseguiu o seu intento por razões alheias a sua vontade, o que, por si só, evidencia a gravidade do fato e a necessidade de manter-se essa segregação, como forma de assegurar-se a ordem pública e restabelecer-se a tranquilidade social, que, evidentemente, fica fragilizada quando sujeita a delitos dessa estirpe.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já exarou que:

> ***"[...] o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave, são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social."*** (RHC 15016/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16.12.2003).

Outrossim, importante anotar que a mãe da infante, ao prestar suas declarações perante a autoridade policial, mencionou que a menor encontra-se muito abalada psicologicamente e, inclusive, teme por sua vida, o que por certo, fortalece ainda mais a necessidade da mantença dessa segregação cautelar.

Além disso, conforme se vê da certidão de antecedentes criminais juntada à f. 36, apesar de tecnicamente primário, o paciente responde a mais dois processos por crime de natureza sexual, o que revela

ser ele pessoa voltada à prática de delitos desse jaez, sendo necessária a sua prisão preventiva sobretudo para evitar-se a reiteração criminosa.

Ademais, vale relembrar que eventuais condições pessoais favoráveis do agente não obstam a decretação da prisão preventiva, nem conferem ao paciente o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória.

Sobre o tema, colaciono a jurisprudência:

> ***"[...] eventuais predicados do paciente, como residência fixa, primariedade, inexistência de antecedentes e emprego definido não são bastantes para obstarem a segregação prévia, tampouco para autorizar a sua revogação."*** (HC 163.047/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07.12.2010, DJe 17.12.2010).

Assim, tenho que as circunstâncias que envolveram a prática delitiva analisada pela autoridade apontada como coatora revelaram-se hábeis a embasar a decretação da prisão preventiva do paciente, inexistindo, pois, constrangimento ilegal a ser sanado.

Destarte, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência da Exma. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 22 de abril de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4003751-63.2013.8.12.0000 - Corumbá
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO DE PENA – PRETENSÃO DE TRABALHO EXTERNO – PRESO ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS, QUE ESTÁ EM REGIME SEMIABERTO – *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO LEGALMENTE PREVISTO – IMPEDIMENTO DE TRABALHO EXTERNO CALCADO EM DISPOSITIVOS LEGAIS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE PARA JUSTIFICAR CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – ORDEM NÃO CONHECIDA.

Diante do elevado número de *Habeas corpus* impetrados em sucedâneo a outros recursos legalmente previstos, e, no mesmo compasso do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio), não se conhece de remédio constitucional cuja matéria é afeta à execução da pena, e como tal deve ser discutida em sede de recurso apropriado, qual seja, o Agravo Criminal.

Se o paciente é estrangeiro em situação irregular no Brasil, sua prestação de serviços fora do estabelecimento carcerário fica inviabilizada, se não prova atender aos dispositivos das leis trabalhistas e das leis de imigração, pelo que não se prova manifesto constrangimento ilegal passível de concessão da ordem de ofício, impondo-se não conhecer do HC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, não conhecer do Habeas Corpus, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de ***Habeas Corpus,*** com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, em favor de JANNINE VARGAS BALDERRAMA, onde aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Corumbá-MS.

Salienta, em síntese, que a paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal pela autoridade apontada, uma vez que foi beneficiada com a progressão de regime para o semiaberto e, não obstante isso, em referida decisão, restou consignada a impossibilidade de obter autorização para trabalho externo, bem como constou que, tanto a progressão para o regime aberto quanto a concessão de livramento condicional estariam inviabilizadas, em razão de a paciente tratar-se de estrangeira em situação irregular no País.

Afirma que tais restrições ferem princípios constitucionais, ressaltando que o preso condenado, independentemente de sua condição de ser nacional ou estrangeiro, tem o dever e o direito ao trabalho, assim como lhe é garantida a progressão prisional e a concessão de livramento condicional, quando alcançados os requisitos legalmente impostos, ainda que em situação irregular no País.

Requer o deferimento da liminar, para que seja oportunizada à paciente a realização de trabalho externo, bem como para que lhe sejam garantidos os demais benefícios previstos na execução penal – progressão ao regime aberto e concessão de livramento condicional -, postulando, ao final, pela ratificação destes pedidos, com a concessão definitiva da ordem.

Liminar indeferida à f. 42-5.

Informações prestadas pela autoridade coatora à f. 48-9.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 51-8, opinando pela concessão da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de ***Habeas Corpus,*** com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, em favor de JANNINE VARGAS BALDERRAMA, onde aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Corumbá-MS.

Salienta, em síntese, que a paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal pela autoridade apontada alhures, uma vez que foi beneficiada com a progressão de regime para o semiaberto e, não obstante isso, em referida decisão, restou consignada a impossibilidade de obter autorização para trabalho externo, bem como constou que, tanto a progressão para o regime aberto quanto à concessão de livramento condicional estariam inviabilizadas, em razão de a paciente tratar-se de estrangeira em situação irregular no País.

Afirma, contudo, que tais restrições ferem princípios constitucionais, ressaltando que o preso condenado, independentemente de sua condição de ser nacional ou estrangeiro, tem o dever e o direito ao trabalho, assim como lhe é garantido a progressão prisional e a concessão de livramento condicional, quando alcançados os requisitos legalmente impostos, ainda que em situação irregular no País.

Requer, destarte, o deferimento da liminar, para que seja oportunizada à paciente a realização de trabalho externo, bem como para que lhe sejam garantidos os demais benefícios previstos na execução penal – progressão ao regime aberto e concessão de livramento condicional -, postulando, ao final, pela ratificação destes pedidos, com a concessão definitiva da ordem.

Não conheço da ordem.

No presente *writ*, alega-se que a paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, porquanto a decisão que lhe concedeu a progressão para o regime semiaberto, todavia consignou a impossibilidade de obter autorização para trabalho externo, e a inviabilização de progressão para o regime aberto e de concessão de livramento condicional, em razão de a paciente tratar-se de estrangeira em situação irregular no País.

Ocorre que o enfrentamento de teses jurídicas nesta via restrita exige que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

Estabelece a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXVIII, que *"conceder-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"*.

Recentemente passou a se utilizar com muita frequência o remédio constitucional como um "super recurso", desconsiderando as hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, empregando-o como meio ordinário de impugnação em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico.

Ocorreu então a denominada "banalização e vulgarização" do remédio constitucional, que passou a ser inadmitida pelo Supremo Tribunal Federal, que em recentes decisões deixou de admitir *Habeas Corpus* que tenha por objeto substituir recurso ordinário (*HC* 109.956-PR – Rel. Min. Marco Aurélio; *HC* 104.045-RJ, Rel. Minª. Rosa Weber; HC 144.550-AC – Rel. Min. Luiz Fux).

Sobre essa "banalização" do *Habeas Corpus*, oportuno transcrever a lição do Ministro Gilson Dipp, em voto no HC 201.483- SP:

> *"[...] deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.*
>
> *Conquanto o uso do habeas-corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.*
>
> ***O que pondero, sem pretender desmerecer a jurisprudência, é que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação** *[...]*.
>
> ***A despeito de tais considerações, não havendo nulidade que poderia ocasionara concessão de ofício, não conheço deste habeas corpus,* por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.** *[...]"*. (destaques nossos).

Referido julgado restou assim ementado:

> *"PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.*
>
> *I. Conquanto o uso do Habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.*

> *II. Na hipótese, o impetrante não pugnou a insurgência em sede de recurso especial, preferindo utilizar do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. [...].*
>
> *VI.* Habeas corpus *não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais."*
>
> (STJ. *HC* 201.483 – SP. Rel. Min. GILSON DIPP. Quinta Turma. Julgado em 13.09.2011).

Portanto, não se presta o *Habeas corpus* a correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.*
>
> *1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.*
>
> *2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.*
>
> *3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.*
>
> *4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes*
>
> *5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático probatório determinante da fixação das penas.*
>
> *6. Habeas corpus rejeitado."*
>
> (STF. *HC* 104.045-RJ. Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 21.08.2012).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INCLUSÃO, NA CAPITULAÇÃO, DO CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ERRO MATERIAL. ADMISSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir Habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. A reforma da sentença de pronúncia, de ofício, pelo Tribunal estadual, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, para correção de erro material (inclusão, na parte dispositiva, do crime de homicídio tentado), não acarreta reformatio in pejus.

4. Habeas corpus não conhecido."

(STJ. *HC* 245.006 - RJ Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Quinta Turma. Julgado em 20.09.2012).

"HABEAS CORPUS - EXTORSÃO MAJORADA. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, de questionar a dosimetria da pena e o regime prisional fixado. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o Habeas corpus no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. In casu, não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. O acréscimo da pena-base foi concretamente justificado e incidiram corretamente as agravantes e a causa de aumento. Diante do quantum da pena, o regime prisional fechado é o adequado."

(STJ. *HC* 151.575-DF. Rel(a). Min(a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Sexta Turma. Julgado em 15/12/2011).

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(Edcl. no *H.C.* 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, Desembargador convocado do TJ/RJ, Quinta Turma, julgado em 31.05.11, DJe 20.06.11).

A matéria ora trazida à discussão – deferimento de trabalho externo – refere-se à execução de pena e, portanto, deve ser discutida em sede de recurso apropriado, qual seja, o Agravo Criminal.

Ainda que assim não entendesse, não há, no caso em comento, manifesto constrangimento ilegal passível de concessão da ordem de ofício.

Lendo-se a decisão guerreada (à f. 31-3) verifica-se que a paciente não foi proibida de exercer atividade laboral; apenas se estabeleceu que, em razão de Jannine Vargas Balderrama ser estrangeira, ela só seria autorizada a trabalhar fora do estabelecimento penal se regularizasse a sua situação no país.

Certo é que, por exigência do art. 98 da Lei 6.815/1980 (que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil), é vedado o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro com visto de turista, de trânsito ou temporário, logo, para que se tenha o direito ao trabalho, o estrangeiro precisa estar em situação regular no Brasil.

No caso em tela, a paciente é de nacionalidade boliviana e está em situação irregular no Brasil, razão pela qual fica inviabilizada sua prestação de serviços fora do estabelecimento carcerário.

Não há aqui tratamento discriminatório, pois a situação do estrangeiro irregular que aqui cumpre pena não é exatamente equiparada à do preso brasileiro, quanto ao direito de trabalhar, pois este direito se rege por outros dispositivos das leis trabalhistas e das leis de imigração, que no caso devem ser atendidos, e que a paciente não demonstrou de plano ter atendido.

Dessa forma, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado pela via impetrada.

Exposto isso, contrariando o parecer, não conheço do presente *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, NÃO CONHECERAM DO HABEAS CORPUS, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência da Exma. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 10 de junho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000753-77.2010.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – APELAÇÃO – CRIANÇA E ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – ALCANCE DA MAIORIDADE PENAL NO CURSO DA REPRESENTAÇÃO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

O alcance da maioridade penal ao completar 18 anos no curso da representação por ato infracional não é hipótese de extinção do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de abril de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação da sentença de f. 89-90, que extinguiu o processo sob o fundamento de que apelada Suziane Cunha Dias alcançou a maioridade penal, bem como a civil, tendo completado 21 anos.

Inconformado com a sentença, o órgão ministerial propugna por sua reforma para que a representação prossiga até ulterior sentença de mérito, aplicando-se, ao final, a medida socioeducativa.

A apelada apresentou contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Cinge-se a questão dos autos no pedido de reforma da sentença que extinguiu o feito que apurava suposto ato infracional equiparado à contravenção penal descrita no art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41 (vias de fato).

Vejamos a decisão ora censurada de f. 89:

> *"Muito embora o processo esteja em fase de instrução, observo que o(a) representado(a) SUZIANE CUNHA DIAS já não é mais adolescente (fls. 11), tendo não só completado a maioridade segundo as novas regras do Código Civil/2002, bem como já é maior de 21 (vinte e um) anos.*
>
> *Apesar do art. 104, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente determinar que se considere a data do fato e não a idade do adolescente para fins de aplicação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há como se aplicar medida sócio-educativa a pessoa já adulta, seja em razão da redação do art. 112, do mesmo Estatuto, que menciona "adolescente", seja em razão da natureza da medida sócio-educativa, que tem fim pedagógico próprio a adolescentes.*
>
> *Como somente ao adolescente será possível a aplicação de medida sócio-educativa (arts. 112 e 182, do ECA), e o(a) representado(a) já não é mais adolescente, não há razão para prosseguimento do feito."*

De fato, tenho me posicionado contrário à extinção do processo em casos dessa natureza, entendendo que a maioridade penal atingida aos 18 anos não é causa suficiente para o não prosseguimento da representação e eventual aplicação de medida socioeducativa.

Isto porque, o suposto ato infracional foi praticado ainda quando a apelada tinha 17 anos e a medida sócioeducativa poderá ser aplicada mesmo após ultrapassados os 18 anos.

Em que pese a alegação de que a apelada teria completado 21 anos, idade limite, segundo determina a o art. 121,§5.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente para a execução da medida socieducativa, a prova dos autos detemina idade inferior, eis que Suziane nasceu aos 27/01/1993 (f. 11).

Portanto, a maioridade relativa alcançada pela apelada não é hipótese de extinção da ação. Vejamos a jurisprudência da Superior Corte de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À NARCOTRÁFICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. IMPLEMENTO DA MAIORIDADE CIVIL. IRRELEVÂNCIA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. O Estatuto Menorista traz a previsão, no § 5o. do art. 121, de que a medida socioeducativa pode ser estendida até os 21 anos de idade, abarcando, portanto, aquelas hipóteses nas quais o menor cometeu o ato infracional na iminência de completar 18 anos; se assim não fosse, a medida tornar-se-ia inócua, impossibilitando a norma de alcançar seu objetivo precípuo de recuperação e ressocialização do menor.*
>
> *2. Considerando a interpretação sistêmica da legislação menorista, tem-se que, para efeitos da aplicação da medida socioeducativa, qualquer que seja ela, deve ser considerada a idade do autor ao tempo do fato, sendo irrelevante a implementação da maioridade civil ou penal no decorrer de seu cumprimento, já que, como visto, o limite para sua execução é 21 anos de idade.*
>
> *3. Parecer ministerial pela denegação do writ.*
>
> *4. Ordem denegada."*
>
> (*HC* 190.124/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 05.04.2011, DJe 12.05.2011).

> "HABEAS CORPUS. *ATO INFRACIONAL MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. PLEITO DE EXTINÇÃO. ADVENTO DA MAIORIDADE CIVIL. IRRELEVÂNCIA.*
>
> *1. Consoante a orientação jurisprudencial dominante, para aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, leva-se em consideração apenas a idade do menor ao tempo do fato. É irrelevante a circunstância de o adolescente alcançar a maioridade civil durante o cumprimento da medida.*
>
> *Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *2. Ordem denegada."*
>
> (*HC* 177.838/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01.12.2011, DJe 19.12.2011).

Giza-se, portanto, que havendo possibilidade de aplicação de eventual medida socieducativa o feito deve prosseguir até seus ulteriores atos.

Saliente-se, ademais, que a ação não foi extinta em relação à correpresentada, a adolescente Thianita de Oliveira Silva.

Diante do exposto, e com o parecer, dá-se provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Estadual para cassar a decisão de extinção, a fim de dar prosseguimento ao processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 01 de abril de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0013693-87.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA - AGRAVO EM EXECUÇÃO – FALTA GRAVE – DEMORA NA APURAÇÃO – PRESCRIÇÃO – DECRETO ESTADUAL 12.140/06 – RECURSO IMPROVIDO.

É de três anos a prescrição para apuração de falta grave em procedimento administrativo, consoante o menor lapso previsto na lei penal, ante a falta de disposição própria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, 6 de maio de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Cuida-se de agravo aviado por Alessandro Alves de Lima em face da decisão de f. 90-92, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande**.**

Sustenta o agravante que a extinção da punibilidade da falta grave imputada deve ser reconhecida, uma vez que ela não foi apurada em seu procedimento administrativo no prazo de 90 dias, violando disposição do art. 110, § 1º, III, do Decreto Estadual 12.140/06 – Regimento Interno Básico das Unidades Penais do Estado de Mato Grosso do Sul.

Requer, por fim, a reforma da decisão censurada.

O Ministério Público requer o improvimento do agravo.

A decisão foi mantida em decisão de f. 114.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Insurge-se o agravante contra a decisão que rejeitou o pedido de extinção da punibilidade pela prescrição da falta grave praticada, de acordo com o art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal, tendo sido flagrado no interior do estabelecimento penal de posse de aparelho celular.

Alega-se que o Regimento Interno Básico das Unidades Penais do Estado de Mato Grosso do Sul prevê prazo para a apuração da falta grave em procedimento administrativo, sob pena de extinção da punibilidade pela prescrição.

No entanto, é farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a essa questão, impondo-se afastá-la sem maiores delongas. Senão, vejamos:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. 1. PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DO TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 109 DO CÓDIGO PENAL. REGIMENTO DISCIPLINAR PENITENCIÁRIO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISCIPLINAR PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA PENAL. 2. NULIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO PRELIMINAR E DISPENSÁVEL. FASE JUDICIAL QUE ASSEGURA DIREITO DE DEFESA POR MEIO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO E ASSISTÊNCIA POR DEFESA TÉCNICA. 3. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. TRANSGRESSÃO QUE IMPLICA NA INTERRUPÇÃO DO LAPSO PARA CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO JULGAMENTO DO ERESP Nº 1.176.486. 4. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO NO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL (SÚMULA 441/STJ), INDULTO E COMUTAÇÃO. 5. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI Nº 12.433/2011. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 66 DA LEP E SÚMULA 611/STF. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA APLICAR RETROATIVAMENTE A LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*
>
> *1. Hipótese em que a Defensoria Pública alega prescrição da falta grave pela extrapolação do prazo previsto no Regimento Disciplinar Penitenciário Estadual, nulidade no procedimento administrativo disciplinar - PAD - em razão da ausência de defesa técnica, com ofensa aos princípios da ampla defesa e ao contraditório -, bem como que a falta grave não gera interrupção no prazo para obtenção de futuros benefícios da execução.*
>
> ***2. O entendimento pacificado em ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior é no sentido de que diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar, deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, ou 2 anos se a falta tiver ocorrido antes desta data.***
>
> *3. Improcedente a alegação de prescrição com base no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto n. 46.534, de 04 de agosto de 2009), uma vez que não cabe ao RDP Estadual disciplinar prescrição em matéria penal.*
>
> *4. Se a realização do procedimento administrativo disciplinar pode ser dispensada, não há que falar em nulidade por ausência de defesa técnica nesta fase preliminar de apuração.*
>
> *5. Inexiste constrangimento ilegal se não sobreveio qualquer prejuízo ao paciente, visto que, antes da homologação judicial da falta grave, foi garantido ao apenado o direito de ser ouvido em audiência de justificação com a devida assistência de defesa técnica, assegurado, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.*
>
> *6. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.176.486, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência entre os entendimentos das duas Turmas, considerando que a prática de falta disciplinar*

de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional.

7. Todavia, a ocorrência de falta grave não deve interferir no lapso necessário para o livramento condicional ou para concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no próprio Decreto Presidencial.

8. Para evitar a indesejável supressão de instância, bem como conciliar os direitos constitucionais do apenado ao duplo grau de jurisdição e a aplicação retroativa da nova lei penal mais benéfica, deve ser concedido habeas corpus de ofício para determinar a remessa dos autos ao Juiz das Execuções que, aplicando a novatio legis in mellius, manifeste-se sobre a fração de perda dos dias remidos a ser aplicada.

9. Habeas corpus concedido em parte para que a interrupção do prazo, em razão do cometimento de falta grave, ocorra apenas para fins de progressão de regime e, de ofício, determinar que o Juiz das execuções, aplicando retroativamente a Lei n. 12.403/2011, fixe o novo patamar de perda dos dias remidos."

(*HC* 181.712/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14.08.2012, DJe 31.08.2012).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO BIENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar, visto que a mens legis da norma de execuções penais foi justamente possibilitar o devido esclarecimento sobre o evento durante o procedimento, em perfeita concretização do princípio do devido processo legal, sendo que a sua exigência não apregoa um culto exagerado à forma, mas sim uma formalidade legal que deve ser seguida, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado.

2. Ainda que assim não fosse, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o prazo prescricional para aplicação de sanção administrativa disciplinar decorrente do cometimento de falta grave é de dois anos, consoante o disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal (com a redação anterior à Lei n. 12.234/2010), haja vista a inexistência de dispositivo legal específico sobre a matéria.

3. Assim, considerando-se o transcurso de mais de dois anos entre a data em que foi perpetrada a falta grave (fuga) e a decisão que indeferiu o pedido de progressão, proferida pelo magistrado da Vara de Execuções Criminais, resta configurada a prescrição.

4. Habeas corpus concedido para reconhecer a prescrição da sanção disciplinar e determinar a retirada da anotação da falta de natureza grave dos assentamentos do apenado, revogando-se os efeitos que dela decorreram."

(*HC* 197.138/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09.08.2012, DJe 20.08.2012).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. QUESTÃO NÃO SUSCITADA OU DEBATIDA NO MANDAMUS. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE

DO RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. TRANSCURSO DE MAIS DOIS ANOS ENTRE A DATA DA FALTA E A SUA HOMOLOGAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO CONCEDIDO.

1. Conforme disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos declaratórios poderão ser opostos com a finalidade de eliminar do julgado qualquer obscuridade, contradição ou suprir omissão na decisão proferida.

2. O pedido de reconhecimento da prescrição não foi submetido ou apreciado pelas instâncias ordinárias e tampouco suscitado no presente habeas corpus, razão pela qual entendo que inexiste omissão a ser suprida no acórdão atacado, tratando-se de inovação no pedido deduzido na impetração. Todavia, considerando ser a matéria de ordem pública, que pode e deve ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício, deve o novo pedido ser analisado.

3. O entendimento pacificado em ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior é no sentido de que, diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar, deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, ou dois anos se a falta tiver ocorrido antes desta data.

4. A falta grave em questão ocorreu antes da entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, devendo, assim, ser adotado o prazo prescricional de dois anos. Tendo em vista o transcurso desse lapso entre a prática da falta, ocorrida em 14/2/2007, e a decisão que a homologou, proferida em 24/9/2009, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão estatal de punir a referida falta disciplinar, bem como todos os efeitos dela decorrentes.

5. Embargos de declaração rejeitados. Concedido habeas corpus, de ofício, para reconhecer a prescrição da falta disciplinar praticada em 14 de fevereiro de 2007, determinando a devolução dos dias remidos e a exclusão da anotação dessa falta disciplinar do prontuário do apenado, bem como determinar que o Juízo das execuções, excluída qualquer referência sobre a aludida falta, reaprecie o pedido de progressão de regime do paciente."

(EDcl. no *H.C.* 198.682/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26.06.2012, DJe 09.08.2012).

"*CRIMINAL. RHC. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO BIENAL. ART. 109 DO CP. LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DO FATO E A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS E ANOTAÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR.*

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

I. A jurisprudência pacífica desta Casa consolidou-se no sentido de que a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave, ocorre em dois anos, a teor do que dispõe o art. 109 do Código Penal.

II. Tendo transcorrido lapso superior a dois anos entre a data da infração disciplinar e da homologação judicial do PAD, há que se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação à falta grave.

III. Deve ser provido o recurso para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva da falta grave e, por conseguinte, determinar a devolução dos dias remidos pelo paciente e a exclusão da anotação de falta grave em seu prontuário.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator."

(R*H.C.* 27.568/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04.11.2010, DJe 22.11.2010).

Consoante o afirmado, o procedimento administrativo disciplinar teria estendido-se por aproximadamente 6 meses, prazo este superior aos 90 dias determinado no art. 110, § 1º, III, do Decreto Estadual n. 12.140/06.

Embora a demora deva ser observada no caso, não é de se reconhecer a prescrição mencionada no decreto estadual, não tendo, tampouco, transcorrido lapso do Código Penal.

Veja-se a jurisprudência desta Corte:

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – NÃO CONHECIMENTO – FALTA GRAVE – MODIFICAÇÃO DA DATA-BASE – LEGITIMIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Não se conhece da alegada prescrição em procedimento administrativo – sequer juntado na integralidade – que teria extrapolado o prazo máximo em cerca de 03 (três) meses, dentro portanto, da razoabilidade; mais ainda quando tal apuração não vincula o Judiciário.

O cometimento de falta grave durante a execução da pena impõe o reinício da contagem do prazo legal à obtenção da progressão de regime. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte de Justiça.

Agravo de Execução Penal defensivo a que se nega seguimento, dada a correção do decisum combatido." (Agravo Criminal n. 2012.005944-0/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Carlos Eduardo Contar - Segunda Câmara Criminal - 19.3.2012).

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE COMETIDA EM REGIME FECHADO – ALEGADA PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO SEGUNDO STJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O prazo disposto no art. 110, do RIBUP não é aplicável nos casos de instauração do procedimento e apuração do cometimento de falta grave, diante da impossibilidade do Regimento Disciplinar Penitenciário Estadual dispor sobre tal matéria, nos termos do art. 49 da LEP e entendimento do SuperiorTribunal de Justiça.

O tempo anterior ao cometimento da falta grave não pode continuar a valer como data-base para benefícios futuros ao condenado que a comete durante o cumprimento da pena em regime fechado. Da análise do art. 118, I, da Lei de Execução Penal, verifica-se uma lacuna axiológica, pois se não há como regredir, que haja a interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios, sob pena de tornar o reeducando do regime fechado, imune à penalização pela falta grave praticada. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1176486." (Agravo de Execução Penal n. 0050709-80.2010.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Dorival Moreira dos Santos - 1ª Câmara Criminal - 19 de novembro de 2012).

Por tais considerações, nega-se provimento ao agravo. Decisão com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

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. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 06 de maio de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4001951-97.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR INADIMPLENTE – POSSIBILIDADE – NÃO CONCESSÃO.

Observando-se a legalidade do decreto da prisão civil, por não haver pagamento integral de dívida alimentar, deve ser mantida a decisão.

Habeas Corpus a que se nega concessão face à necessidade da prisão civil e caráter intimidatório da sanção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de março de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O advogado Claudionor Chaves Ribeiro impetra a presente ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, em favor do paciente Vanderlei da Silva Barbosa, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande.

Sustenta que o paciente está na iminência de ser preso ilegalmente, tendo sido determinado pela autoridade coatora o pagamento de pensão alimentícia, nos termos da execução de alimentos n. 0807947-79.2011.8.12.0000.

Aduz que no ano de 2002, em sentença homologatória de acordo, o paciente obrigou-se prestar alimentos a sua filha, no patamar de dois e meio salários mínimos por mês.

Alega que em agosto de 2011, a alimentada, representada por sua genitora, apresentou ação de execução de prestação alimentícia contra o paciente, requerendo o pagamento de R$ 4.958,79, referente às três últimas parcelas que estavam em atraso.

Assevera que a magistrada de instância singela determinou que o paciente, em três dias, pagasse ou justificasse a impossibilidade, tendo o paciente impugnado o valor e justificado a impossibilidade de pagar os alimentos em execução, pois embora esteja passando por severa crise financeira e econômica,

tem contribuído para o sustento da alimentada; que constituiu nova família e que já ingressou com ação revisional, sendo que nesta, em despacho inicial, foi determinado o pagamento de um salário mínimo.

Relata que a autoridade coatora desprezou absolutamente tais circunstâncias e o fato das pensões atuais e anteriores estarem em dia, decretando a prisão preventiva do paciente.

Afirma que a decisão foi ilegal, tendo em vista que não permitiu ao paciente demonstrar com clareza a sua condição financeira.

Assim, requer o deferimento da liminar a fim de que seja recolhido o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente. Ao final, pleiteia pela ratificação da liminar e concessão definitiva da ordem.

A análise do pedido de liminar foi postergado para depois da juntadas das informações da autoridade coatora.

As informações foram juntadas às f. 207.

A liminar foi indeferida às f. 208.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da presente ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

A ordem deve ser **denegada**.

Infere-se dos autos que o impetrante pretende pela revogação do mandado de prisão expedido contra o paciente Vanderlei da Silva Barbosa, em razão do inadimplemento de pensão alimentícia anteriormente acordada, sob a alegação de não ter condições financeiras para arcar com o valor imposto.

No entanto, não há como ser recolhido o mandado de prisão, tendo em vista que a prisão civil do paciente foi decretada nos termos da lei.

Importante registrar que na via estreita do habeas corpus apenas cabe a apreciação da legalidade ou ilegalidade da prisão. Inviável, portanto, a análise da justificativa apresentada pelo paciente, de impossibilidade do cumprimento das obrigações alimentícias, já que demandaria análise fático-probatória.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 100.104, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.08.2009, *in verbis*:

> *"DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. DECRETO FUNDAMENTADO. INCAPACIDADE ECONÔMICA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. EFEITO PRÁTICO DA MEDIDA. EXCESSO DE PRAZO INEXISTENTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*
>
> *Constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente, em razão da decretação de sua prisão por atraso no pagamento da pensão alimentícia devida à sua filha.*
>
> *Inexiste falta de fundamentação para a decretação de sua prisão, pois, para legitimar a prisão civil, basta o atraso das prestações alimentares.*

A Ação de habeas corpus, de rito sumário, não se presta à dilação probatória, ainda mais sobre fatos que demandariam profundo reexame do quadro fático-probatório, pois relacionados à capacidade econômico-financeira do executado.

A gratuidade de justiça visa facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário, e não pode o devedor de alimentos se eximir de seu dever de prestá-los por ter sido beneficiado por ter sido beneficiado por esse direito.

O afastamento do trabalho é efeito lógico da prisão, não podendo o paciente basear-se em tal fato para alegar a ausência de efeito prático da sua prisão, mormente quando já lhe foi conferida oportunidade para pagar sua dívida em liberdade.

Conforme o § 1º do art. 733 do Código de Processo Civil, o juiz poderá decretar a prisão do devedor de alimentos pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. Fixada a prisão do paciente em 60 (sessenta) dias, não existe excesso de prazo. Habeas Corpus denegado."

Logo, a suposta dificuldade financeira do paciente deve ser discutida em ação revisional ou exoneratória e não na via eleita do *habeas corpus.*

Por outro lado, segundo informações fornecidas pela autoridade coatora, a prisão civil do paciente foi imposta nos termos da lei. Confira-se:

"Fora decretada a prisão civil do impetrante decorrente da ação de execução de prestação alimentícia n. 0807947-79.2011 ajuizada em face de Vanderlei da Silva Barbosa por ser o mesmo devedor, inicialmente, da quantia equivalente a R$ 4.958,79.

No caso em tela, não houve qualquer violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, tendo sido o executado intimado para pagar o débito ou apresentar justificativa para o não pagamento, tendo o mesmo informado este juízo que se encontrava impossibilidade de honrar com a dívida, posto se encontrar desempregado, bem como ter constituído nova família. Vale consignar que, embora a pensão tenha sido fixada há mais de dez anos, o executado não ingressou com a ação revisional, visando comprovar a incapacidade financeira alega, tendo o mesmo pretendido revisão dos alimentos somente após o ingresso da ação executiva supramencionada.

[...]."

Com efeito, verifica-se que a prisão civil do paciente foi decretada em face do inadimplemento das três últimas prestações alimentícia e as vencidas no curso do processo de execução que se iniciou no ano de 2011.

Também, o paciente não ingressou com a revisional quando surgiu a dificuldade financeira, pois discutiu o valor arbitrado, só depois que já tinha sido ingressado a ação de execução em face do inadimplemento.

Portanto, contata-se que a decretação da prisão civil do paciente se encontra calcada nos art. 733 do Código de Processo Civil, bem como no que dispõe a Súmula n. 309 do STJ, não havendo constrangimento ilegal em sua decretação.

Nesse sentido está a jurisprudência do STJ:

"HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL DECRETADA ANTE O INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ATUAL - OBSERVÂNCIA AO ENUNCIADO SUMULAR N. 309/STJ - LEGALIDADE DA ORDEM.

> *O pagamento parcial do débito não afasta a regularidade da prisão civil, porquanto as quantias inadimplidas caracterizam-se como débito atual, nos termos da Súmula 309/STJ.*
>
> *Ademais, está pacificado no âmbito da Segunda Seção desta Corte que o "descumprimento de acordo firmado entre o alimentante e os alimentados, nos autos da ação de alimentos, pode ensejar o decreto de prisão civil do devedor, porquanto a dívida pactuada constitui débito em atraso, e não dívida pretérita."* (HC 221.331/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 07/12/2011).
>
> *"Alegada redução da capacidade econômica do alimentante. Inviabilidade da análise de matéria fático-probatória em sede de habeas corpus.*
>
> *Ordem denegada."* (*HC* 250.587/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09.10.2012, DJe 12.11.2012).

Mesmo entendimento é o deste Tribunal:

> *"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR INADIMPLENTE – POSSIBILIDADE – REGIME FECHADO – NÃO CONCESSÃO.*
>
> *Observando-se a legalidade do decreto da prisão civil, por não haver pagamento integral de dívida alimentar, deve ser mantida a decisão, a ser cumprida no regime fechado ante a finalidade da mesma.*
>
> *Habeas Corpus a que se nega concessão face à necessidade da prisão civil e caráter intimidatório da sanção."* (*Habeas Corpus n.* 2012.003722-4/0000-00 - Campo Grande - Relator Sr. Des. Carlos Eduardo Contar – TJ/MS).

Dessa forma, não há falar no recolhimento ou revogação do mandado de prisão expedido contra o paciente.

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 18 de março de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0010977-55.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RETRATAÇÃO DA VÍTIMA NA DELEGACIA – DECISÃO QUE EXTINGUE A PUNIBILIDADE DO AUTOR DO FATO PELA FALTA DE REPRESENTAÇÃO POR PARTE DA VÍTIMA – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO CASSADA – RECURSO PROVIDO.

O entendimento do STJ é no sentido de que os crimes de lesão corporal decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da extensão das lesões devem ser processadas por ações públicas incondicionadas.

Recurso provido. Decisão com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 8 de abril de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** interpõe recurso em sentido estrito contra a decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Dourados que extinguiu a punibilidade do autor do fato, na forma do art. 103 c/c art. 107, IV, ambos do Código Penal, ante a falta de representação por parte da vítima.

O recorrente requer a reforma do *decisum*, pois argumenta que a retratação da vítima não acarreta a extinção do feito, uma vez que o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, na forma do art. 7º, inciso I, da Lei 11.340/2006 é de ação penal incondicionada, nos termos da decisão do STF (ADI 4424).

Nas contrarrazões, o recorrido, por intermédio da Defensoria Pública, argui preliminar de nulidade, por ausência de intimação pessoal do réu, o que importa em cerceamento de defesa e, no mérito, pugna pelo improvimento do recurso (f. 56-61).

O magistrado *a quo* manteve a decisão recorrida (f. 63).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento da preliminar suscitada e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial (f. 67-72).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Trata-se de **Recurso em Sentido Estrito** interposto pelo **Ministério Público Estadual** contra a decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Dourados que extinguiu a punibilidade do autor do fato, na forma do art. 103 c/c art. 107, IV, ambos do Código Penal, ante a falta de representação por parte da vítima.

O recorrente requer a reforma do *decisum*, argumentando que a retratação da vítima não acarreta a extinção do feito, uma vez que o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, na forma do art. 7º, inciso I, da Lei n. 11.340/2006 é de ação penal incondicionada, nos termos da decisão do STF (ADI 4424).

Nas contrarrazões, o recorrido, por intermédio da Defensoria Pública, argui preliminar de nulidade, por ausência de intimação pessoal do réu, o que importa em cerceamento de defesa e, no mérito, pugna pelo improvimento do recurso (f. 56-61).

O magistrado *a quo* manteve a decisão recorrida (f. 63).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento da preliminar suscitada e, no mérito pelo provimento do recurso ministerial (f. 67-72).

A súplica do recorrente merece prosperar.

Inicialmente, afasto a preliminar arguída pela Defensoria Pública, uma vez que não houve qualquer prejuízo ao recorrido, pois nem foi oferecida denúncia e, no despacho de f. 54 foi nomeado a Defensoria Pública atuante naquela vara criminal que apresentou as contrarrazões a este recurso. Portanto, não há falar em cerceamento de defesa.

Rejeitada a prefacial, passo a análise do mérito.

Consta no Boletim de Ocorrência registrado em 23 de junho de 2011(f. 03) que:

> *"[...] No local a vítima Juliana relatou que seu esposo, o autor Julio, depois de uma discussão por motivos banais, passou a agredí-la verbalmente e fisicamente através de socos e que também empurrou a vítima de forma que esta veio a cair sobre um fogão. A vítima de forma que esta veio a cair sobre um fogão. A vítima apresenta inchaços nos dois braços: após os fatos [...] Ob. Nesta Delegacia a vítima não desejou representar criminalmente contra o autor."*

Pois bem.

A Suprema Corte por ocasião do julgamento da ADIN n. 4.424/DF, assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico.

Nesses termos, trago julgados desta Corte:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INCONFORMISMO MINISTERIAL – LESÃO CORPORAL LEVE – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – DECISÃO DO STF EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – RETRATAÇÃO DA VÍTIMA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – INVIABILIDADE – DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA – DECISÃO CASSADA – DENÚNCIA RECEBIDA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *I – Recentemente por ocasião do julgamento da ADIN n. 4.424, o e. Supremo Tribunal Federal decidiu conferir "[...] interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006 [...]" e "[...] assentar a natureza incondicionada da*

ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico[...]". Tratando-se de decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o efeito decorrente é o erga omnes, de forma que trilhar por caminho diverso resultaria em sério anacronismo que apenas favoreceria à insegurança jurídica. Assim, constatado no caso que a denúncia não foi recebida em face da retratação da representação, de rigor torna-se a cassação da decisão.

II – Recurso provido para receber a denúncia e determinar o prosseguimento da ação penal." (Recurso em Sentido Estrito n. 2012.014172-9, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 4.6.2012).

"EMBARGOS INFRINGENTES – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – ADI 4424/STF – NÃO PROVIDOS.

Decisão do STF proferida na ADI 4424 tem efeito erga omnes e vincula todos os órgãos do Judiciário e a administração pública em todas as esferas, pois proferida em controle abstrato de constitucionalidade.No presente caso, o voto vencedor justamente, vinculado pela decisão do STF, deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Parquet, assentando o entendimento de que o crime de lesão corporal praticado no ambiente doméstico é de ação pública incondicionada. Embargos não providos." (Embargos Infringentes em Recurso em Sentido Estrito n. 2012.002177-1/0001-00, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 12.6.2012).

Anoto, por oportuno, que na decisão acima mencionada, o Supremo Tribunal Federal não se pronunciou expressamente sobre os efeitos da decisão de mérito que fixou uma interpretação conforme aos art. 12, I, 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006. O silêncio do Tribunal indica que deve incidir a regra geral do controle concentrado de constitucionalidade, *i. é* , o efeito *ex tunc* (efeito retroativo), atingindo as ocorrências anteriores à decisão da Corte.

Dessa forma, prescindível se torna a representação da ofendida, inviabilizando por outro lado a extinção do feito por carência de condição de procedibilidade, como determinou o magistrado singular.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para cassar a decisão de f. 23 e determinar o regular prosseguimento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 08 de abril de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0028545-24.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRELIMINAR DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – AFASTADA – MÉRITO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – INCABÍVEL – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – AMEAÇA – TEMOR DA VÍTIMA – TIPICIDADE DA CONDUTA – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA À EXASPERAÇÃO – AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, F, DO CP – RELAÇÕES DOMÉSTICAS – NÃO INERENTES À AMEAÇA – MANTIDA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA – SUBSTITUIÇÃO E SUPENSÃO DA PENA PRIVATIVA – ART. 44 E 77 DO CP – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – VIOLÊNCIA E AMEAÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É inviável a suspensão condicional do processo nos crimes relacionados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei n. 11.340/06.

Havendo lastro probatório suficiente a apontar o apelante como autor dos delitos perpetrados contra a vítima, mantém-se o decreto condenatório.

É típica (art. 147 do CP) a conduta do agente que ameaça a vítima de causar-lhe mau futuro, injusto e grave, incutindo nesta temor de que a promessa efetivamente venha a ser cumprida.

O cidadão deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

Sopesar o "*fato do delito ter sido praticado em decorrência de relações domésticas*" substancia *bis in idem* com a hipótese da lesão corporal art. 129, § 9º, do CP e também com a incidente agravante do art. 61, II, f, do CP, sendo a fundamentação, portanto, inidônea para exasperar a pena-base.

Deve ser mantida a indigitada agravante no tocante ao crime de ameaça, pois aquela circunstância foi acrescida pela Lei n. 11.340/06 justamente com o intuito de recrudescer a punição em casos dessa natureza.

Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea se esta foi utilizada na conclusão condenatória.

Na segunda etapa do cálculo penal, caso seja suficiente e necessário para a prevenção do delito, permite-se, pelo reconhecimento de atenuantes, a redução aquém do mínimo abstrato do tipo, uma vez que inexiste vedação legal nesse sentido e em obséquio ao princípio da individualização da pena.

Incabíveis, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena, tendo em vista que o réu não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso I, e no art. 77, III, do Código Penal, pois, não obstante a pena imposta tenha sido

inferior a 4 (quatro) anos, são delitos cometidos com violência e grave ameaça contra a vítima, o que impossibilita a concessão de referidos benefícios, sob pena de se subverter as finalidades da Lei Maria da Penha e infirmar-lhe a eficácia.

Apelo parcialmente provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que dava parcial provimento em maior extensão.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator,

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

D. C. da S., pela Defensoria Pública Estadual, interpõe (p. 95) *Apelação Criminal* contra a sentença proferida (p. 78-88) pelo Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande, que o condenou à pena de 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, pela prática dos delitos previstos no art. 129, § 9º (lesão corporal em situação de violência doméstica) c/c art. 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais de p. 100-140, objetiva, preliminarmente, a suspensão condicional do processo. No mérito, em suma, pede: **1)** a absolvição por insuficiência de provas e o reconhecimento da atipicidade do crime de ameaça, uma vez que as palavras do apelante não teriam influenciado a tranquilidade psíquica da ofendida; **2)** caso subsistam as condenações, a redução das penas-base aplicadas, afastando-se as circunstâncias judiciais que foram equivocadamente valoradas negativamente; **3)** o expurgo da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal, porquanto é circunstância inerente à própria Lei Maria da Penha (11.340/06); **4)** a incidência da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, já que, apesar de ter assumido o crime de lesão corporal, não houve a devida aplicação da atenuante da confissão espontânea; **5)** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conquanto o art. 17 da Lei 11.340/06 não proíbe todas as restritivas de direito, apenas a aplicabilidade da doação de cestas básica, a prestação pecuniária e a que implique, isoladamente, no pagamento de multa; **6)** a suspensão condicional da pena, em razão de preencher os requisitos do benefício previstos no art. 77 do Código Penal.

O *parquet* apresentou suas contrarrazões às p. 143-155, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às p. 161-174, opina pela improcedência do recurso.

As partes e a Procuradoria-Geral de Justiça pediram a manifestação expressa sobre os dispositivos legais que entendem violados com o eventual provimento ou não do apelo manejado.

Os autos vieram-me distribuídos por sorteio (p. 157).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

É *Apelação Criminal* interposta por D. C. da S., pela Defensoria Pública Estadual, contra a sentença proferida (p. 78-88) pelo Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.

Num breve resumo, o apelante foi denunciado com base nas seguintes asserções (p. 2-3):

> *"[...] Consta do inquérito policial incluso que, na data de 14 de fevereiro de 2010, por volta de meia-noite, na Rua Joaquim Alves Pereira, 1963, Bairro Botafogo, nesta Capital, o denunciado agrediu a vítima Edileuza do Pilar Marcelo Magalhães, sua companheira, arremessando-lhe uma cadeira, bem como, desferindo-lhe socos e chutes.*
>
> *Das agressões resultaram as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito acostado à fl. 09.*
>
> *Consta, ainda, que o denunciado ameaçou a vítima, dizendo-lhe 'se for preso, quando sair te mato!' (sic).*
>
> *A vítima representou em desfavor do denunciado pelo crime de ameaça (fl. 06)*
>
> *Assim sendo, está o denunciado Daniel Correia da Silva, incurso nas penas dos artigos 129, § 9º e 147, ambos do Código Penal."*

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido contido na exordial acusatória, condenando-o à pena de 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, pela prática dos delitos previstos no art. 129, § 9º (lesão corporal em situação de violência doméstica) c/c art. 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Somente a defesa recorreu do *decisum.*

Em suas razões recursais de p. 100-140, objetiva, preliminarmente, a suspensão condicional do processo. No mérito, em suma, pede: **1)** a absolvição por insuficiência de provas e o reconhecimento da atipicidade do crime de ameaça, uma vez que as palavras do apelante não teriam influenciado a tranquilidade psíquica da ofendida; **2)** caso subsistam as condenações, a redução das penas-base aplicadas, afastando-se as circunstâncias judiciais que foram equivocadamente valoradas negativamente; **3)** o expurgo da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal, porquanto é circunstância inerente à própria Lei Maria da Penha (11.340/06); **4)** a incidência da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, já que, apesar de ter assumido o crime de lesão corporal, não houve a devida aplicação da atenuante da confissão espontânea; **5)** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conquanto o art. 17 da Lei 11.340/06 não proíbe todas as restritivas de direito, apenas a aplicabilidade da doação de cestas básica, a prestação pecuniária e a que implique, isoladamente, no pagamento de multa; **6)** a suspensão condicional da pena, em razão de preencher os requisitos do benefício previstos no art. 77 do Código Penal.

O *parquet* apresentou suas contrarrazões às p. 143-155, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às p. 161-174, opina pela improcedência do recurso.

As partes e a Procuradoria-Geral de Justiça pediram a manifestação expressa sobre os dispositivos legais que entendem violados com o eventual provimento ou não do apelo manejado.

Pois bem, começo refutando a preliminar, pois, tratando-se de crime relacionado com violência doméstica ou familiar contra a mulher, é inviável a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 41 da Lei n. 11.340/06.

Impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento conjunto da ADC n. 19 e da ADI n. 4424 (informativo de jurisprudência n. 654), já assentou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/06, o qual deve ser interpretado como vedação integral à incidência da Lei n. 9.099/95.

Nesse sentido:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/1995. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRECEDENTE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. 2. Ordem denegada."* (*HC* 110113, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20.03.2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068, DIVULG.: 03.04.2012, PUBLIC.: 09-04-2012).

Por conseguinte, não há lugar ao pleiteado *sursis* processual, em respeito às decisões advindas do STF.

Não assiste razão jurídica ao apelante no pedido de retorno dos autos à instância singela para que possa ser oferecida a suspensão condicional do processo, pois o plenário do STF já assentou que o art. 41 da Lei Maria da Penha deve ser interpretado como vedação integral à incidência da Lei n. 9.099/95, por ocasião do julgamento conjunto da ADC n. 19 e da já citada ADI n. 4424 (informativo de jurisprudência n. 654). Por conseguinte, não há lugar ao pleiteado *sursis* processual, em respeito às decisões advindas do STF.

Passo ao exame do mérito do apelo.

Imputou-se ao réu a prática dos crimes de lesão corporal e ameaça praticados contra Edileuza do Pilar Marcelo Magalhães, sua companheira à época.

O acusado alega não haver provas arrimando o decreto condenatório.

Delimitando controvérsia, recupero parte dos fundamentos da sentença, que versam a respeito dos fatos do processo:

> ***"DA AUTORIA:*** *O delito de lesão corporal é material, cogitando de comprovação da materialidade, além da autoria delitiva. O crime de ameaça é formal, prescindindo de materialidade. Desta forma, realizada a instrução, a vítima E. P. M. M. confirmou os fatos narrados na denúncia, esclarecendo que o réu a agrediu porque estava conversando com um vizinho,* ***arremessando uma cadeira em sua direção e a agredindo com chutes, tapas e socos, chegando a desmaiar, acrescentando que o acusado ainda lhe disse que se fosse preso a mataria.*** *Por sua vez, B. M. M. relatou que não presenciou os fatos,* ***mas viu as lesões apresentadas pela vítima, a qual estava muito machucada, esclarecendo que a viu inclusive deitada inconsciente e lhe disseram que o réu a havia agredido,*** *acrescentando que o acusado "****vivia" ameaçando a ofendida, sendo pessoa agressiva, e no dia dos fatos disse que se ele fosse preso iria matá-la.*** *O réu, em seu interrogatório,* ***confessou ter agredido a vítima com a cadeira de plástico,*** *porém, negando que tenha desferido chutes e socos, negando também que tenha proferido ameaças, afirmando, por fim, que a cadeirada derrubou a ofendida que fingiu desmaiar, confirmando tê-la*

> *ameaçado e agredido em outras oportunidades, de modo que possui 1,73 metros e na época dos fatos pesava aproximadamente 80 quilos, exercendo sua autodefesa. Nota-se que a versão da vítima, de que foi agredida fisicamente e ameaçada de morte pelo réu, encontra-se em sintonia com o narrado pela testemunha B. M. M., a qual salientou que viu as lesões portadas pela ofendida, que se encontrava muito machucada, acrescentando a depoente que ele a ameaçou de morte, sendo pessoa bastante agressiva. A versão da vítima está em harmonia ainda com o laudo de exame de corpo de delito de fls. 12, que arrola as seguintes lesões: equimoses diversas no ombro esquerdo, antebraço esquerdo, região orbitária esquerda, braço direito e perna esquerda. Assim, a validade das declarações da ofendida, em contraste com a prova testemunhal produzida em audiência, não retira a sua credibilidade ou lhe adiciona tendenciosidade, eis que nos delitos cometidos no âmbito doméstico, a palavra da vítima tem relevante valor probatório, porquanto, na maioria das vezes, as violências acontecem dentro do próprio ambiente familiar, longe dos olhos de possíveis testemunhas, as quais, quando existem, são os próprios familiares, motivo pelo qual não há razão para desqualificar as declarações da vítima por parcialidade ou tendenciosidade, ou mesmo por falta de testemunha presencial, merecendo sim a devida credibilidade, posto que encontram-se devidamente alicerçadas pelo conjunto probatório, bem como pelo laudo de exame de corpo de delito, no caso da lesão corporal. Portanto, verifica dos autos que o depoimento da ofendida, seguro e coerente, em combinação com o relatado pelas testemunhas e pelo laudo de exame de corpo de delito, que demonstra as lesões sofridas, é prova bastante para comprovar a autoria delitiva em relação aos dois delitos, restando certo que o acusado, além de lesionar a ofendida, ameaçou causar-lhe mal injusto e grave."*

Acertou o juiz.

A vítima narrou em juízo que o acusado, ao vê-la conversando com um vizinho em uma festa, ficou com ciúmes, mandando-a ir embora, mas como ela não foi, atirou-lhe uma cadeira e passou a agredi-la, com chutes, tapas e socos, chegando a deixá-la desmaiada. Em seguida, quando acordou, chamou a polícia, vindo o acusado, então, a afirmar que, se fosse preso, iria matá-la. Indica, por fim, que houve outras agressões, mas não registrou Boletim de Ocorrência (p. 90). A versão está em harmonia com aquela prestada na fase extrajudicial (p. 7).

De seu turno, a testemunha B. M. M., que estava na mesma festa, consignou que não presenciou a briga em si, mas viu as lesões na vítima. Esclarece que quando chegou no local, viu a vítima deitada inconsciente, sendo-lhe dito que o acusado havia a agredido. Aponta que morou com o casal, e o acusado vivia ameaçando a vítima e era muito agressivo. Recorda que, após as agressões encontrou a vítima e esta estava muito machucada, tendo sido, ainda, ameaçada pelo acusado que, se fosse preso, matar-la-ia. (p. 89). Embora tenha apresentado versão ligeiramente diferente na fase extrajudicial (p. 14), onde a testemunha teria dito que presenciou as agressões sendo praticadas, seus depoimentos devem ser sopesados por apresentarem congruência em todos os demais fatos delineados, os quais também se encontram em consonância com o narrado pela vítima.

O laudo de exame de corpo de delito de fls. 12, concluiu que a vítima sofreu lesões, quais sejam, equimoses diversas no ombro esquerdo, antebraço esquerdo, região orbitária esquerda, braço direito e perna esquerda.

O réu, em seu interrogatório judicial de p. 91-92:

> *"[...] confessa que agrediu a vítima com a cadeira de plástico, mas nega que tenha desferido socos e chutes na vítima, que nega que tenha ameaçado a vítima, que a cadeirada pegou na região do rosto e ombro da vítima, que não tem nada a alegar contra as testemunhas de acusação [...] que a cadeirada derrubou a vítima; que a vítima fingiu*

> *um desmaio; [...] que já ameaçou a vítima outras vezes; que já tinha agredido a vítima outras vezes também; que faz uns cinco anos que praticou agressão contra a vítima [...] que os fatos se deram na casa de um amigo do ex-casal".*

Nesse diapasão, o depoimento da ofendida, seguro e coerente, que sabidamente possui maior valor nos crimes praticados às ocultas, como no caso em apreço, combinado com o relatado pela testemunha retromencionada, pelo laudo de exame de corpo de delito e, finalmente, pela própria confissão, ainda que parcial, do acusado, autorizam a confirmação da cognição condenatória externada na sentença.

Não assiste razão à defesa, também, quanto à tese da atipicidade da conduta de ameaça, pois diversamente do que alegou, as palavras proferidas pelo recorrente incutiram sim medo na vítima, tolhendo-se sua tranquilidade psíquica, mesmo porque acompanhadas das agressões que resultaram nas lesões constadas em laudo pericial, sendo plausível o temor de a promessa de mal futuro e injusto efetivamente se concretizar, ainda que emanada em estado de ânimo exaltado. Não se pode olvidar que, nas palavras do recorrente, houve outras situações de agressão e de ameaça, que culminaram no evento fatídico, estando o casal atualmente separado, o que, em conjunto, hialinamente demonstram a presença dos elementos objetivos e subjetivos do crime, sendo a conduta, portanto, típica.

Noutro vértice, prosperam algumas das pretensões relativas às dosimetrias das reprimendas.

As penas-bases dos crimes de lesão corporal em situação de violência doméstica e de ameaça foram elevadas acima do mínimo legal em virtude da valoração negativa das circunstâncias judicias da personalidade, *"uma vez que restou demonstrado nos autos ser o acusado pessoa violenta",* da conduta social, *"considerando que restou evidenciado ser o réu pessoa dada ao consumo de bebida alcoólica",* e, em conjunto, as dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, *"notadamente pelo fato do delito ter sido praticado em decorrência de relações domésticas".*

As fundamentações são inidôneas à exasperação.

Em um sistema penal democrático, fundado no postulado da dignidade da pessoa humana, que representa verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (cf. STF - *HC* 107108, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 30.10.2012), o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade, pois cada pessoa tem a personalidade que lhe é possível ter (cf. Carvalho, Salo. "Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do Princípio da Secularização". p. 46 e seguintes. *in* CARVALHO, Amilton Bueno de & CARVALHO, Salo de. "*Aplicação da Pena e Garantismo*". Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001).

O cidadão deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

O ilustre jurista Luigi Ferrajoli, adverte, aliás, que:

> *"O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao processo, e consequentemente aos problemas da jurisdição, o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela*

> *defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é"* (*in* Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 208).

A jurisprudência já exarou o seguinte:

> *"PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO.* ***As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena****. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5° da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for lícita. Ou seja,* ***ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o."*** (Apelação Crime n. 70000907659, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 15.06.2000).

Para "sepultar" de vez o assunto e demonstrar inequivocamente a impropriedade de se valorar a personalidade do agente (e a conduta social) com o escopo de recrudescer a pena do acusado, o atual anteprojeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional retirou tais elementos do dispositivo de trata da individualização da pena (artigo 75).

Na exposição de motivos do indigitado anteprojeto consta o seguinte:

> *"A objetivação das circunstâncias judiciais. A proposta retira do espaço de cognição judicial, para fins de dosimetria da pena, aspectos subjetivos como a conduta social e a personalidade do agente. A conduta social porque permitia valorações de cunho moral ou de classe ou estamento social. Já a personalidade do agente se apresentava como de dificílima aferição pelo julgador, pois o processo crime raramente traz tais indicativos psicológicos que permitissem um exame acurado.* ***A retirada destes elementos de grande subjetividade condiz, além de tudo, com o Direito Penal do fato, e não do autor****. A proposta é prestigiar as circunstâncias do fato criminoso e a conduta do agente, como grandes elementos para o encontro da pena individual. Daí a menção aos fins, meios, modo de execução e consequências do crime. Isto há de permitir ao julgador exame apropriado da gravidade do fato e da culpabilidade do agente, evitando majorações ou diminuições com base na personalidade ou vida social daquele."* (destaquei).

Afora isso, no caso concreto não houve exame de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica para aferir se realmente o réu possui *"personalidade desregrada e desvirtuada",* inexistindo nestes autos elementos hábeis que possam permitir que o julgador profira "diagnóstico" de tal natureza.

Seguindo, é de se afastar a valoração negativa dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, pois o "*fato do delito ter sido praticado em decorrência de relações domésticas"* substancia *bis in idem*. No crime de lesão corporal do art. 129, § 9º, do CP, com a hipótese prevista pelo tipo penal, e na ameaça com a agravante do art. 61, II, f, do CP. Aliás, a expressão *"prevalecendo-se o agente das relações domésticas"* está contida *ipsis litteris* nos dois dispositivos.

Aproveitando a linha, julgo que não merece prosperar o pedido de afastamento da indigitada agravante do art. 61, II, f, do CP, que foi aplicada somente no crime de ameaça.

Isso porque, na senda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aquela circunstância foi acrescida pela Lei n. 11.340/06 justamente com o intuito de recrudescer a punição em casos dessa natureza (HC 159.619/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04.10.2011, DJe 17.10.2011).

Por outro lado, procede o pleito de reconhecimento da confissão espontânea no crime de lesão corporal, pois as declarações do apelante serviram como argumento para alicerçar sua condenação nesse crime, de modo que deve ser beneficiado com a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"[...] CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ARTIGO 65, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO PENAL.*
>
> *RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA.*
>
> *CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou até mesmo se houve retratação em juízo.*
>
> *CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO.*
>
> *CONSTRANGIMENTO 1. O novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior é de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp 1.154.752/RS).*
>
> *2. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, ante a incidência da atenuante da confissão espontânea, compensada com a agravante da reincidência."*
>
> (*HC* 250.701/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 01.02.2013).

No entanto, é preciso ressalvar que, muito embora meu entendimento caminhe no sentido de que a confissão espontânea, enquanto *"circunstância que sempre atenua a pena"* (art. 65, *caput,* do CP), pode levar a reprimenda para aquém do mínimo abstrato, ante a falta de previsão legal impondo tal limitação e em obséquio ao mandamento constitucional da individualização da pena, no caso concreto a pena de lesão corporal, que restará fixada no mínimo legal, revela-se necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Outrossim, não é cabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o réu não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, pois, não obstante as penas impostas tenham sido inferiores a 4 (quatro) anos, são delitos cometidos com violência e grave ameaça contra a vítima, o que impossibilita a pretendida substituição.

Reputo oportuno mencionar que um dos objetivos da Lei Maria da Penha foi ampliar a proteção à mulher vítima de violência doméstica, tanto que tornou mais intenso o poder punitivo do Estado ao negar ao agressor o benefício das ações despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/1995.

Considerou-se, na elaboração da lei, o grau de vulnerabilidade da vítima, bem assim as dificuldades encontradas para punir e prevenir a crescente ocorrência de violência em âmbito familiar.

Desse modo, a interpretação sistemática da Lei n. 11.340/2006 aponta ser desaconselhável a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao ofensor, ou mesmo a suspensão condicional da pena (art. 77, III, do CP) sob pena de subverter as finalidades da Lei Maria da Penha e infirmar-lhe a eficácia. Senão veja-se o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça:

> *"SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SURSIS. NÃO CABIMENTO. ART. 77, III, DO CÓDIGO PENAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO ESTÁ A MERECER REPAROS. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.*
>
> *1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *2. Com a interposição do agravo regimental fica superada eventual violação ao princípio da colegialidade, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado.*
>
> *3. A prática de delito cometido com violência doméstica impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por conseguinte, incabível a aplicação do sursis, com base no disposto no art. 77, III, do Código Penal.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."*
>
> (AgRg. no AREsp. 82.898/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20.11.2012, DJe 26.11.2012).

Superadas as digressões, passo às novas dosimetrias das penas, iniciando com a do crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal:

Na primeira fase, afastadas as circunstâncias judiciais equivocadamente valoradas em desfavor do apelante, fixo a pena-base no mínimo legal de 3 (três) meses de detenção.

Na segunda fase, apesar de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, mantenho a pena inalterada, por ser necessária e suficiente à repreensão do delito, de acordo com o que já foi fundamentado.

Na terceira fase, torno a pena definitiva em 3 (três) meses de detenção, inexistindo outras modificadoras a serem sopesadas.

Mantenho o regime aberto para o cumprimento de pena.

No crime de ameaça, art. 147 do CP, a dosimetria fica estabelecida nos seguintes moldes:

Na primeira fase, afastadas as circunstâncias judiciais equivocadamente valoradas em desfavor do apelante, fixo a pena-base no mínimo legal de 1 (um) mês de detenção.

Na segunda fase, mantida a agravante do art. 61, II, f, do Código Penal, elevo para 1 (mês) e 15 (quinze) dias de detenção.

Na terceira fase, torno a pena definitiva em 1 (mês) e 15 (quinze) dias de detenção, inexistindo outras modificadoras a serem sopesadas.

Igualmente mantenho o regime aberto para o cumprimento de pena.

As penas somadas resultam em 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto.

No que tange aos prequestionamentos suscitados, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, o quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento à Apelação Criminal interposta por D.C. da S., para, apesar de manter as condenações nos crimes tipificados nos artigos 129, § 9º e 147 do Código Penal, revisar as dosimetrias das penas aplicadas, com a fixação das penas-bases nos mínimos legais e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, resultando na pena definitiva de **4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção**, a ser cumprida em regime aberto.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal)

Infere-se dos autos que o apelante D.C. da S. interpôs recurso de apelação buscando, preliminarmente, a suspensão condicional do processo e, no mérito:

1) a absolvição por insuficiência de provas e o reconhecimento da atipicidade do crime de ameaça, uma vez que as palavras do apelante não teriam influenciado a tranquilidade psíquica da ofendida;

2) caso subsistam as condenações, a redução das penas-base aplicadas, afastando-se as circunstâncias judiciais que foram equivocadamente valoradas negativamente;

3) o expurgo da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal, porquanto é circunstância inerente à própria Lei Maria da Penha (11.340/06);

4) a incidência da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, já que, apesar de ter assumido o crime de lesão corporal, não houve a devida aplicação da atenuante da confissão espontânea;

5) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conquanto o art. 17 da Lei 11.340/06 não proíbe todas as restritivas de direito, apenas a aplicabilidade da doação de cestas básica, a prestação pecuniária e a que implique, isoladamente, no pagamento de multa;

6) a suspensão condicional da pena, em razão de preencher os requisitos do benefício previstos no art. 77 do Código Penal.

O relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, afastou a preliminar e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso tão-somente para reduzir a pena-base e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se no mais a sentença condenatória.

Acompanho o relator para afastar a preliminar levantada e, no mérito, reduzir a pena-base e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, tornando definitiva a pena do acusado em 04 meses e 15 dias de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

No entanto, ouso ir além, a fim de dar provimento parcial ao recurso em maior extensão, para também converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Impende salientar que a substituição, conforme já manifestei meu entendimento, é a mais acertada a questão, pois as penas privativas de liberdade fixadas são ínfimas perto da suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 anos, nos quais além de se cumprir uma prestação de serviço ou limitação de fim de semana no primeiro ano, conforme determina o art. 78, § 1º, do CP, também serão impostas outras condições, como proibição de frequentar lugares, de ausentar-se da comarca onde reside sem a autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo mensalmente, para informar e justificar suas atividades (§ 2º, do art. 78, do CP), além de outras adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado (art. 79 do CP).

O Superior Tribunal de Justiça abarca este entendimento, conforme os *HC* n. 176.124/MS e *HC* n. 177.313/MS, tomados à guisa de exemplo.

Segundo a Lei n. 11.340/06, em seu artigo 17 é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado da multa.

Infere-se do artigo supra transcrito, conforme impõe o princípio do favor rei, dada a interpretação mais favorável ao réu, que a proibição da substituição por pena restritiva de direitos deve ser compreendida e aplicada de forma restritiva – e não proibitiva - cabendo as demais penas alternativas que não estejam expressamente vedadas como as penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado da multa.

Assim, toda e qualquer infração a ser apurada no âmbito da Lei Maria da Penha, em linha de princípio, versará sobre as várias formas de violência previstas no art. 7º da Lei, e, ainda sim, restou a previsão de substituição de pena restritiva de direitos.

A propósito desse tema, confira-se a lição da Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul in a Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, RT, 2007, p. 105-6:

> *"Tema que tem atormentado a doutrina é sobre a possibilidade desta substituição em sede de violência doméstica. O motivo da perplexidade é que um dos requisitos, para se admitir a substituição da pena, é a inocorrência de violência ou grave ameaça, e nos casos de violência doméstica – como o próprio nome diz – violência faz parte da estrutura constitutiva do ato. Portanto, se não houver violência, seja física, psíquica, moral, sexual ou patrimonial, não há violência doméstica. Assim, em tese, não haveria a possibilidade de substituição da pena.*
>
> *Todavia, a alteração na Lei de Execução Penal se destina exatamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.*
>
> *Excluir a possibilidade de operar-se a substituição, faria do dispositivo inserido pelo legislador letra morta. A nova lei abriu uma exceção à regra da lei penal, que impede sua aplicação, quando existe violência ou grave ameaça. Assim, em sede de violência doméstica aplicada pena inferior a quatro anos, seja qual a forma da violência perpetrada contra a vítima, não há como impedir sua aplicação.*
>
> *Aplicada a pena de limitação de finais de semana, durante o período em que o condenado permanece albergado, podem ser ministrados cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Porém, não há qualquer determinação no sentido de ser obrigatório o acompanhamento a tais atividades. O juiz não pode impor a sua participação. Já na Lei Maria da Penha, ao acrescentar um parágrafo ao artigo que prevê a pena de restrição de final de semana, autoriza o juiz a determinar o comparecimento do réu a programas de recuperação e educação. Assim, o condenado por delito doméstico é obrigado a participar*

dos programas de acompanhamento psicossocial, enquanto aos réus apenados pela prática de outros delitos não pode ser imposta a frequência a cursos e palestras.

Admitida expressamente a aplicação da pena restritiva de direito de limitação de final de semana, não se justifica o impedimento de outras medidas em sede de violência doméstica. Como a repulsa do legislador foi à aplicação de pena de natureza pecuniária, é possível a substituição por outras penas restritivas de direito. Ao condenado, podem ser aplicadas, em substituição à pena privativa de liberdade, todas as que não tem conteúdo econômico. Nada impede a aplicação das outra medidas, como prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, além da interdição de serviço à comunidade ou a entidades públicas, além da interdição temporária de direitos e perda de bens e valores (CP, art. 43, II, IV, V e VI).

Assim, mesmo que a lei imponha limitações à aplicação de pena restritiva de direito, só a admitindo quando inexistir violência ou ameaça, em sede de violência doméstica há possibilidade de obrigar o réu a comparecer a programas de recuperação e reeducação. Trata-se de previsão expressa para a violência doméstica. Estando a pena no contexto das medidas alternativas, descumprida a ordem judicial, a pena restritiva de direitos transforma-se em privativa de liberdade (CP, 44, § 4.º).”

É, portanto, passível de substituição por restritivas de direitos, a qual será fixada pelo juízo da execução.

Por tais considerações, acompanho o voto do relator para afastar a preliminar e reduzir a pena aplicada, contudo, dou provimento ao recurso em maior extensão, para também substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Acompanho o relator e dou parcial provimento ao apelo para redimensionar a reprimenda imposta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM EM PARTE O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL, QUE DAVA PARCIAL PROVIMENTO EM MAIOR EXTENSÃO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 25 de março de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4003816-58.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO – ORDEM DENEGADA.

A prisão preventiva tem contornos diferenciados em casos de violência doméstica, podendo ser aplicada independentemente de outras medidas protetivas de urgência previamente aplicadas e descumpridas, desde que, sob a ótica do princípio da adequação, a medida extrema se mostre necessária para resguardar, de imediato, a integridade física da vítima de violência de gênero, em observância aos objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher.

Ordem denegada, em conformidade com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 13 de maio de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor de P. C. N., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara da Viol. Dom. e Fam. contra a Mulher da Comarca de Campo Grande atuante nos autos de n. 0812546-90.2013.8.12.0001.

Informa a impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 8 de abril de 2013, sendo-lhe imputada à suposta prática dos delitos previstos nos artigos 129, § 9º (lesão corporal em situação de violência doméstica) e 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Houve a conversão do flagrante em prisão preventiva, no entanto, não estariam presentes os requisitos da medida extrema, uma vez que o paciente possuiria as condições subjetivas favoráveis e porque o decreto prisional, além de estar baseado em fundamentação genérica, não teria observado que, tratando-se de hipótese de violência doméstica, a imposição da segregação cautelar só caberia se houvesse a prévia fixação e descumprimento de outras medidas protetivas de urgência, suficientes, em tese, ao caso telado, especialmente sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade

e razoabilidade, com o fim de se evitar a mera antecipação de pena, a qual, se houver, será em regime menos rigoroso.

Pediu a concessão de liminar e a ulterior confirmação no mérito, para permitir ao paciente que responda ao processo em liberdade, ainda que mediante a fixação de medidas protetivas de urgência.

A liminar foi indeferida às p. 80-82.

Instada, a autoridade apontada como coatora prestou informações e encaminhou documentos às p. 85-94.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às p. 96-98, opina pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO (EM 29/04/2013):

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Cuida-se de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Púbica Estadual em favor de P. C. N, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara da Viol. Dom. e Fam. contra a Mulher da Comarca de Campo Grande atuante nos autos de n. 0812546-90.2013.8.12.0001.

Informa a impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia **8 de abril de 2013**, sendo-lhe imputada à suposta prática dos delitos previstos nos artigos 129, § 9º (lesão corporal em situação de violência doméstica) e 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Houve a conversão do flagrante em prisão preventiva, no entanto, não estariam presentes os requisitos da medida extrema, uma vez que o paciente possuiria as condições subjetivas favoráveis e porque o decreto prisional, além de estar baseado em fundamentação genérica, não teria observado que, tratando-se de hipótese de violência doméstica, a imposição da segregação cautelar só caberia se houvesse a prévia fixação e descumprimento de outras medidas protetivas de urgência, suficientes, em tese, ao caso telado, especialmente sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, com o fim de se evitar a mera antecipação de pena, a qual, se houver, será em regime menos rigoroso.

Pediu a concessão de liminar e a ulterior confirmação no mérito, para permitir ao paciente que responda ao processo em liberdade, ainda que mediante a fixação de medidas protetivas de urgência.

Instada, a autoridade apontada como coatora prestou informações e encaminhou documentos às p. 85-94.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às p. 96-98, opina pelo conhecimento e denegação da ordem.

O *writ* não comporta concessão.

Repilo, inicialmente, a alegação de deficiência na fundamentação do decreto prisional (p. 54-58), uma vez que neste estavam bem descritas as razões que levaram a magistrada singular a decidir, diante das circunstâncias do caso concreto, pela prisão preventiva do paciente com o fim de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e, mais importante, a integridade física da ofendida e familiares, destacando o *decisum*, ainda, a inexistência de ofensa ao princípio da proporcionalidade, assim como a

imperiosidade de se concretizar o Princípio da Proteção, previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, conforme recupero:

> *"No caso, verifica-se dos autos e do conjunto probatório, especialmente pelo termo de declaração da vítima e dos depoimentos das testemunhas, que estão presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como evidenciado que as infrações foram praticadas em infringência às disposições da Lei Maria da Penha.*
>
> **Ao ser ouvida na Delegacia, a vítima A. A. M. declarou que:** *"a declarante informa que, há cerca de cinco meses, enquanto voltava do trabalho, no interior de um ônibus conheceu a pessoa de P. C. N. e, após cerca de um mês de tê-lo conhecido, a declarante iniciou um relacionamento amoroso com este e, no mês de janeiro/2013, a declarante informa que PAULINO começou a residir em sua casa... QUE, após cerca de dois meses de convivência com PAULINO, a declarante informa que foi agredida fisicamente pelo mesmo, o qual desferiu vários socos na região de sua cabeça, sendo que esta agressão foi motivada por ciúmes da parte de PAULINO; QUE, a declarante afirma que PAULINO começou a demostrar atitudes extremamente agressivas e, sem motivo aparente, a ofendia verbalmente e a agredia fisicamente; QUE, PAULINO passou a ter comportamento possessivo, tendo obrigado a declarante a sair do serviço e a permanecer dentro de casa... QUE, a declarante teme por sua segurança e de sua família, pois PAULINO desferiu ameaças de morte; QUE, a declarante está com lesões nos braços, inchaço na cabeça e dor nos ouvidos, decorrentes das agressões sofridas nos últimos dias." (fls. 9/10).*
>
> **As testemunhas Altamir Vargas Machado e Adilson Francisco da Silva, policiais militares que atenderam a ocorrência relataram, em síntese:** *"... contataram A. A. M, que disse que fora agredida pelo convivente, P. C. N., ora autuado em flagrante delito, o qual se apoderou de uma faca,a deslizou no braço dele, e a ameaçou de morte; Que logo depois, a agrediu com socos, causando lesões na cabeça, nos membros superiores e na perna esquerda..." (fls. 4-5/7-8).*
>
> *Demonstra-se assim que a ofendida teme por sua segurança pessoal caso o réu seja colocado em liberdade, demonstrando que a soltura representa um risco real a sua vida, integridade física e segurança, uma vez que os* ***elementos constantes dos autos evidenciam ser ele pessoa violenta.*** *[...]*
>
> *Portanto, os pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão presentes. [...]*
>
> *Convém explicitar que a outra face da proporcionalidade está contida na "proibição de deficiência", identificada por exemplo na manutenção da prisão preventiva como instrumento de proteção da ordem pública, visto que, estando intimamente ligada aos critérios de adequação do art. 282 CPP, visa evitar a prática de outras infrações penais, tendo como pressupostos a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e a periculosidade do agente.*
>
> *Resta demonstrando nos autos, assim, a necessidade e adequação da decretação da prisão preventiva, para proteção da vítima e em garantia da ordem pública, encontrando-se atendido o princípio da proporcionalidade. [...]*
>
> *Por derradeiro, convém observar que um dos principais objetivos da Lei n. 11.340/06 é tutelar a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica e familiar, protegida internamente e internacionalmente pela "Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher" e "Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher".*

> *Nesse sentido, a ordem pública encontra-se abalada, bem como a ofendida necessita de proteção imediata e efetiva, sendo necessário se concretizar o Princípio da Proteção previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, impondo-se a realização de um juízo de ponderação entre o direito de ir e vir do réu e o direito à proteção da ofendida, de forma que no caso ora tratado prevalece, por ora, a proteção da vítima.*
>
> *Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que a autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública e para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, em proteção da mulher em situação de violência doméstica.*

De se observar, portanto, que a conduta supostamente praticada pelo paciente foi grave, conquanto agrediu e lesionou sua companheira impelido por sentimento possessivo, ciumento, chegando a obrigar a ofendida, até mesmo, a permanecer dentro de casa e não sair para trabalhar, como também proferiu ameaças de morte, fazendo-a temer por sua segurança e de sua família, havendo, assim, um risco real às vidas e integridades físicas deles.

Nas informações prestadas (p. 85-89), foi rememorado que a vítima relatou que há tempos vem sofrendo violência física e moral por parte do paciente, que possui outros envolvimentos em crimes da mesma natureza praticados contra vítimas diversas, apontando para impossibilidade de ser colocado em liberdade no momento.

No que se refere à tese de que a prisão preventiva, nos casos de violência doméstica, só caberia se houvesse medida protetiva de urgência, chamo a atenção para as particularidades que apresentam a legislação de proteção à vítima de violência doméstica, justificando a adoção de medidas protetivas para delitos que, *a priori*, seriam considerados de menor gravidade.

E para bem demonstrar tais particularidades, creio ser necessário relembrar as razões que levaram o Congresso brasileiro a editar a Lei n. 11.340/06, após a odisseia de sofrimento de Maria da Penha contra os constantes abusos praticados pelo marido, que por mais de uma vez tentou matá-la, o que na matéria é mais apropriado do que simplesmente se ater às lições de processo penal.

Apesar de, formalmente, a Lei n. 11.340/06 não conter nenhuma referência expressa ao nome desta notável brasileira, a legislação, desde seu nascedouro ficou assim conhecida em reconhecimento à sua luta pela efetividade de seus direitos, cujo sofrimento, inconformismo e determinação foram, e permanecem sendo, o principal estandarte da histórica luta para se coibir a violência doméstica praticada contra vítimas do sexo feminino, as quais, mesmo amparadas pela legislação, lamentavelmente ainda sofrem com o descaso do Poder Público que, por vezes, acaba por chancelar uma cultura retrógrada, machista e desumana que segue vitimando mulheres em situação semelhante à da que deu nome à Lei.

Conforme lembram os doutrinadores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (*in Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo, 3ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011*):

> *"O motivo que levou a lei a ser 'batizada' com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passou a ser conhecida, remonta ao ano de 1983. No dia 29 de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista M. A. H. V., colombiano de origem e naturalizado brasileiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, suportou lesões que a deixaram paraplégica".*

Continuam pontuando que a agressão causadora da paraplegia de Maria da Penha não acabou sendo a última tentativa do marido dela em matá-la e que, diante do seu temperamento violento e agressividade, ela tinha medo de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal:

> *"Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal.* **Homem de temperamento violento, sua agressividade impedia a vítima, por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal.** *De passado obscuro, descobriu-se, depois, que já se envolvera na prática de delitos e que possuía um filho na Colômbia, fato ignorado pela ofendida.*
>
> *O ato foi marcado de premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Ademais, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda do veículo de sua propriedade, a pedido do marido.*
>
> *Mas as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passada pouco mais de uma semana, quando já retornara para sua casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. Nesse instante, entendeu o motivo pelo qual, há algum tempo, o marido utilizava o banheiro das filhas para banhar-se, restando evidente ter sido ele também o mentor dessa segunda agressão" (destaquei).*

Destacam que o caso se tornou emblemático não só pela situação pessoal da ofendida, mas em razão da inação do Governo brasileiro em cumprir com os tratados internacionais que firmou para defesa dos Direitos das mulheres:

> *"[...] O caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington. [...].*
>
> *Pois bem, em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).*
>
> *Em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001.*
>
> *[...] Nesse relatório é realizada uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e convenção Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 2005) assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados."*

Os arremates do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foram alarmantes, apontando para o fato do país não ter aplicado internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas, dando azo à injustiças como a ocorrida com a Maria da Penha, vítima que, mesmo passados 19 anos do crime, não tinha recebido do Estado a tutela que lhe cabia:

> *"Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que 'a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir*

adequadamente ante a violência doméstica'. E nem poderia ser diferente: passados 19 anos desde a prática do crime até a elaboração do relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade, verificada por conta, principalmente, da justiça e da utilização desenfreada de recursos, revela que o Estado brasileiro, de fato, não aplicou internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas".

A Lei Maria da Penha conta, aproximadamente, com sete anos de existência e, embora tenha constituído marco, ainda não foi suficiente para extirpar a violência de gênero.

Isso porque as medidas de proteção previstas na Lei precisam ser reconhecidas pelas ofendidas como instrumentos assecuratórios imediatos e eficazes contra seus algozes, o que somente ocorrerá, caso forem aplicadas adequada e energicamente pelo Poder Público, especialmente nos Estados como o Mato Grosso do Sul, que está entre os primeiros que mais registram ocorrências de violência desse jaez.

Tudo isso foi dito para delinear que a prisão preventiva tem contornos diferenciados nas hipóteses de violência doméstica, podendo ser decretada em crimes cuja pena seja inferior a quatro anos (como a lesão e a ameaça), e, ao contrário do que muitos defendem, prescinde da existência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, bastando que elementos concretos dos autos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência de gênero, pois, do contrário, deixariam de ser observados os princípios da adequação e da proteção, bem como os objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher.

Repiso. A despeito de os crimes imputados ao paciente terem penas máximas que não ultrapassam 4 (quatro) anos de reclusão, a interpretação sistemática do artigo 282, inciso II, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, e artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.340/2006, apontam para a possibilidade de decretação de prisão preventiva em casos dessa natureza, sem exigir, como prévia condição, eventual descumprimento de medida alternativa anteriormente imposta. Na realidade, a preventiva pode ser decretada de maneira originária ou autônoma, quando o juiz entender que a prisão é, desde logo, a única adequada para a situação concreta. Deveras, o que deve guiar o magistrado é o princípio da adequação, para verificar se bastará a imposição de uma medida alternativa para resguardar a segurança da vítima, ou se, desde logo, somente a prisão servirá ao desiderato, como no caso em tela.

Diante do exposto, em conformidade com o parecer, denego esta ordem de *Habeas Corpus* em que figura como paciente P. C. N.

DECISÃO EM 29/04/2013: CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DO DIA 13.05.2013 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. ROMERO OSME DIAS LOPES), APÓS O RELATOR DENEGAR A ORDEM. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO EM 13/05/2013:

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal).

Pedi vista para melhor analisar os autos e concluo que a ordem deve ser denegada.

Ao decretar a prisão preventiva do paciente, o magistrado embasou a decisão na prova da materialidade e nos indícios de autoria, bem como frisou que a soltura representa um risco real a vítima, uma vez que o acusado é pessoa violenta, e inclinado a prática de condutas delitivas.

Desse modo, ressaltou estarem presentes o *periculum in mora*, consubstanciado na proteção da ofendida, e a garantia da ordem pública, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência.

Ao prestar informações ressaltou que além dos relatos de violência que a vítima há tempos vem sofrendo, o acusado possui outros envolvimentos em crimes da mesma natureza, praticados contra diversas outras vítimas, conforme consta no Dossiê do Indivíduo.

Ao verificar referido Dossiê às f. 49-50, é possível vislumbrar a existência de duas incidências por crime de ameaça em violência doméstica na comarca de Naviraí, uma incidência por crime de ameaça em violência doméstica na comarca de Ribas do Rio Pardo e uma incidência por lesão corporal dolosa em âmbito doméstico na comarca de Anastácio, todas elas anteriores a esta e contra outras vítimas.

Deste modo, presente a necessidade de garantia da ordem pública, lastreada na necessidade de assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, uma vez que o paciente é contumaz na prática de violência doméstica, havendo fundado e real risco a vítima.

Por todo exposto, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (2º Vogal).

De acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 13 de maio de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Medida protetiva adotada por juiz de Bela Vista agrada a comunidade - 02/04/2013



O juiz assumiu a titularidade na Comarca de Bela Vista em janeiro deste ano e, apenas dois meses depois, mudou a "cara da cidade". A afirmação é da professora de educação infantil Cândida Cáceres Coene, ao se referir à portaria publicada pelo juiz Maurício Cleber Miglioranzi Santos, que disciplina a entrada e a permanência de menores em locais de diversão.

Cândida tem três filhos, dentre os quais um adolescente de 13 anos, Pedro Vinícius, e garante que a medida protetiva foi a melhor coisa que poderia acontecer porque auxiliou os pais a controlar a saída dos filhos.

"Nossa comunidade é humilde e tinha muito adolescente que se juntava para beber. Tenho um filho adolescente e ele mesmo percebeu a necessidade de colocar a pulseira. A cidade está diferente, não temos mais aquele aglomerado de jovens bebendo e causando preocupação aos pais", disse ela.

A pulseirinha citada pela educadora é o instrumento de exercício da paternidade e maternidade responsáveis, constante da portaria que visa fiscalizar a presença de crianças e adolescentes em locais públicos e horário adequados. Na prática, a portaria disciplina a entrada e a permanência de menores em locais de diversão.

De acordo com o juiz, a novidade não é a norma regulamentadora, mas a forma de execução da determinação judicial: a autorização aos jovens é concedida na presença do Conselho Tutelar, mediante fixação de pulseira que identifica a idade do adolescente, bem como o horário permitido para sua frequência em eventos.

"O instrumento facilita o controle pelos próprios pais que poderão, em caso de eventual irresponsabilidade dos filhos, "revogar" a autorização para participação em eventos mediante a retirada da pulseira. Além disso, a medida permite aos comerciantes controlar a proibição de venda de bebidas alcoólicas aos adolescentes, uma vez que a pulseira, após afixada, não pode ser retirada", explica Miglioranzi.

Se o adolescente não puser a pulseira, deverá usar um crachá – também fornecido pelo conselho tutelar – durante o evento. Outro a reconhecer a boa aceitação da medida protetiva é o militar da reserva Afrânio Freitas, pai de Carlos Daniel Areco Freitas, de 10 anos.

"Assim que soube da pulseira, ele me pediu para levá-lo ao conselho tutelar e veio feliz de lá. Achei a medida muito boa porque auxilia os pais a terem mais controle sobre as crianças e evitar problemas futuros. O juiz está de parabéns pela portaria", comentou Afrânio.

Carlos Daniel contou a razão de ter pedido ao pai para colocar a pulseirinha. “Pedi porque vi meus amigos usando. Agora não tem mais desculpa: tenho que chegar 15 minutos antes do horário estipulado porque senão meu pai fica bravo. Mas eu acho bom porque muitos meninos se perdem nas drogas e com a pulseira tem que voltar para casa cedo”.

Conselheiro tutelar há três anos, Tiago Canhete Coene relata que nenhum pai que compareceu ao conselho tutelar para adquirir a pulseira demonstrou contrariedade, contudo, entre os adolescentes alguns tentaram se rebelar. “Antes era comum vermos adolescentes dirigindo moto e carro sem habilitação, bebendo ou ficando até altas horas em festas e praças, resultando em muita reclamação de perturbação do sossego. Após a edição da portaria, a realidade mudou drasticamente e é possível estimar que houve a redução de 80% das reclamações”, garantiu.

A portaria abrange os municípios de Bela Vista e Caracol, que compõem a comarca. Acompanhados da PM, os conselheiros fiscalizam o cumprimento da portaria. Se encontrado menor em local indevido, os pais são acionados e, se não comparecerem, os filhos são levados até suas residências e os pais autuados.

“O que fizemos foi criar um instrumento que funcione e muitos pais estão se valendo disso. Os menores ficavam expostos a fatores de risco como a prostituição, além de ambientes com fácil acesso ao álcool e às drogas. No Brasil, temos a cultura de que lei não pega, mas o papel educativo é fundamental. O que falta é conscientização da família, dos jovens e até da sociedade. Esta precisa entender a necessidade de participar ativamente. Vivemos em uma sociedade participativa”, concluiu o juiz.

Repercussão – A repercussão da medida adotada pelo juiz de Bela Vista alcançou âmbito nacional. Depois de publicada em sites e jornais em todo o estado de Mato Grosso do Sul, a notícia será veiculada em rede nacional esta semana no programa Mais Você, da apresentadora Ana Maria Braga, que pretende mostrar ao Brasil a postura inovadora do juiz sul-mato-grossense.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS conhece método de ressocialização utilizado em MG - 05/04/2013



Para conhecer a rotina de presos inseridos na metodologia da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) que apresentam completa ressocialização, em Itaúna (MG), os juízes Vitor Luis de Oliveira Guibo e Albino Coimbra Neto foram até o território mineiro nos dias 4 e 5 de abril.

A visita objetiva conhecer de perto o funcionamento de uma APAC para implantar a mesma metodologia de ressocialização em Mato Grosso do Sul. De acordo com Vitor Guibo, juiz auxiliar da Presidência do TJMS, a atual administração já está trabalhando nesta proposta há algum tempo.

Titular da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, o juiz Albino conta que a administração do Poder Judiciário acredita na ressocialização dos apenados, por isso, foram verificar in loco o que está dando certo.

Estatísticas mostram que 91,7% dos presos inseridos neste programa são ressocializados. Enquanto isso, dados do Departamento Penitenciário Nacional revelam que no sistema comum menos de 10% dos presos conseguem a propalada ressocialização.

Para quem não conhece esta forma de trabalho com presos, o método apaquiano - como ficou conhecido - foi criado em 1972 por um advogado brasileiro e difundido em vários países do mundo. Hoje, além do Brasil, onde hoje existem 100 APACs distribuídas pelo território nacional, o método é aplicado na Alemanha, Bulgária, Cingapura, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra, País de Gales, Honduras, Letônia, República do Malauí, México, Moldávia, Namíbia, Nova Zelândia e Noruega.

Os representantes do judiciário sul-mato-grossense verificaram que a educação, a assistência médica e religiosa, a proximidade da família e o trabalho têm feito os reeducandos acreditarem que é possível mudar de vida.

Na APAC não trabalham agentes penitenciários nem policiais militares. A direção da unidade é formada pela comunidade que elege um preso para presidir a Comissão de Solidariedade e Sinceridade (CSS). O preso presidente indica cinco apenados que, juntos, resolvem 90% dos conflitos dentro da instituição.

Neste método, obrigatoriamente, todos têm trabalho e educação, aproximação com a família e com a sociedade, porém o diferencial está no estímulo à valorização da autoestima. Em caso de fuga, todos são penalizados com a perda do direito ao lazer por um mês. Quem fugir ou tentar fugir voltará a cumprir pena no sistema penitenciário comum. Assim, os presos se auxiliam a aceitar com resignação o cumprimento da pena.

Outra diferença está no valor gasto com cada reeducando: no sistema comum, os custos chegam a mais de R$ 2 mil/ mês por preso, enquanto que na APAC o gasto individual não ultrapassa R$ 500.

Ainda sob o argumento financeiro, é possível perceber a diferença para a construção de local onde os apenados cumprem pena. Um prédio da APAC custa cerca de R$ 1 milhão, enquanto na construção de presídios comuns, o valor pode ultrapassar R$ 10 milhões. Explica-se: a construção de uma APAC é mais barata porque a mão de obra é dos próprios presos.

Apesar de aparentar ser tranquilo, a ressocialização pela metodologia apaqueana é mais rígida que a do sistema penitenciário comum. Na APAC existe horário para tudo: para fazer a barba, trabalhar, estudar, comer e até dormir. Embora eles tenham direito de falar com familiares por telefone semanalmente, até para isso existe horário. Usando uma expressão popular, lá ninguém passa a mão na cabeça de ninguém: se quiser cumprir pena neste sistema, tem que trabalhar mesmo.

Acompanhando os juízes à visita em Minas Gerais esteve o assessor de Projetos Especiais da Presidência do TJMS, Vinicius Coutinho.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Juiz determina alienação antecipada de veículos apreendidos - 09/04/2013



Na última semana, considerando a necessidade de se preservar o valor de veículos apreendidos em processos criminais e que na comarca não há depósito judicial nem local apropriado para depósitos desses veículos, o juiz da 1ª Vara de São Gabriel do Oeste, Atílio César de Oliveira Jr., baixou uma portaria para determinar a alienação antecipada de todos os veículos apreendidos.

Pela portaria, será instaurado pedido de providência quanto aos veículos nos processo criminais da comarca, estejam eles cautelados a órgãos públicos ou não. Até que o leilão seja realizado, os veículos devem ficar no pátio do Detran ou à disposição da leiloeira.

O juiz determinou ainda que o Ministério Público Estadual, a Secretaria Nacional Anti-Drogas (Senad) e o Conselho Estadual Anti-Drogas (CEAD) sejam intimados para que indiquem possível uso dos bens, contudo, apenas dos apreendidos em processo que apure o tráfico de drogas.

Em razão da deterioração dos bens, todo o procedimento tramitará em regime de urgência e a empresa Superbid Judicial responderá pelo leilão, que será realizado na modalidade eletrônica, com lances em segundo pregão a partir de 60% do valor da avaliação, inclusive para alienação de bem de valor inferior a 60 salários mínimos.

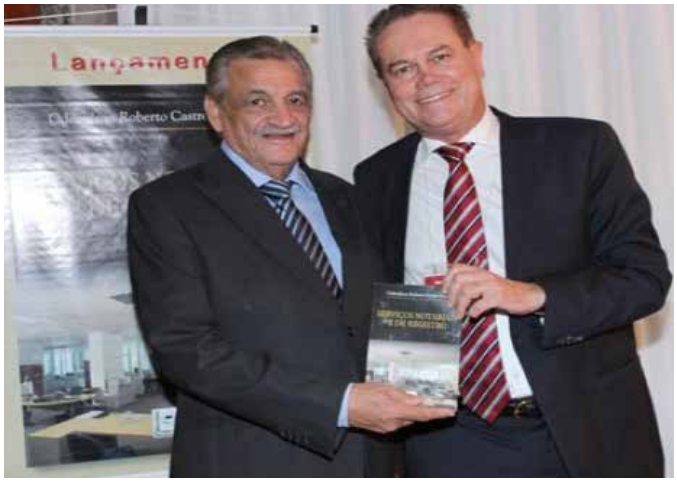
Veja a íntegra da portaria no arquivo em anexo.

Arquivos:

Portaria 13 de 2013.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Capital lança livro durante seminário internacional - 22/04/2013



O juiz auxiliar da presidência do Tribunal de Justiça de MS, Odemilson Roberto Castro Fassa, na última quinta-feira (18), lançou o livro Serviços Notariais e de Registro.

Muito concorrido, o lançamento da obra jurídica foi realizada em Ponta Porã durante o seminário sobre Integração Jurídica dos Países da América do Sul, uma parceria da EJUD/MS com o Tribunal de Justiça e a AMAMSUL.

Juízes que atuam em comarcas do interior, na Capital, desembargadores e até os palestrantes internacionais, que participaram do seminário, fizeram fila para ter seu exemplar assinado pelo autor.

Saiba mais - O autor é apresentado pelo Des. Antonio Rulli Jr., presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM); diretor da Secretaria de Relações Internacionais da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela USP; mestre e doutor em Direito do Estado pela PUC/SP e professor titular no curso de Direito, graduação e mestrado, do UNIFMU.

A obra tem a apresentação do seu orientador na tese de doutorado, conselheiro do CNJ, Dr. Silvio Luis Ferreira da Rocha, mestre e doutor em Direito Civil pela PUC/SP; doutor e livre docente em Direito Administrativo pela PUC/SP, para quem "o presente livro é o resultado de meticuloso trabalho de pesquisa que pela competência do autor, a seriedade da pesquisa e a pertinência dos temas debatidos merece ser lida".

Odemilson Fassa obteve o título de Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP, é Mestre em Direito das Obrigações pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca/SP; especialista em Direito Civil-Empresarial pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB); juiz titular da 3ª Vara Cível Residual de Campo Grande, tendo exercido, também, a função de diretor-geral da Escola Superior da Magistratura de MS (ESMAGIS), período 2011/2013.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Cadastro Nacional de Adoção completa 5 anos - 29/04/2013



O Cadastro Nacional de Adoção (CNA), ferramenta que auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos de adoção, diminuindo a burocracia do processo, completa cinco anos de vigência nesta segunda-feira (29). O banco de dados foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Antes do lançamento do CNA, já existiam, em caráter local ou regional, sistemas de informação reunindo dados tanto dos pretendentes à adoção quanto das crianças e adolescentes em condições de adoção.

Com o Cadastro Nacional de Adoção foi possível uniformizar todos os bancos de dados sobre crianças e adolescentes aptos à adoção no país e pretendentes; racionalizar a fase de habilitação, pois o pretendente fica apto para adotar em qualquer comarca ou Estado da Federação, com uma única inscrição feita na localidade onde reside.

Em Mato Grosso do Sul, o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça dispõe que o juiz com jurisdição em matéria da Infância e da Juventude deve manter cadastro de pretendentes nacionais ou estrangeiros residentes no país, com ânimo definitivo, interessados em adoção de crianças e adolescentes cadastrados, em condições de serem adotados.

Atualmente, de acordo com a titular da Vara da Infância, Juventude e do Idoso, a juíza Katy Braun do Prado, o CNA cumpre o papel do cadastros dos interessados na adoção, sendo que para o cadastro dos pretendentes estrangeiros, habilitados para adotar, o gerenciamento dos dados é feito pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA/MS).

Assim, a consulta aos pretendentes brasileiros cadastrados ganhou amplitude, garantindo que somente quando as chances de adoção nacional forem esgotadas, os casos sejam encaminhados para a modalidade internacional.

A magistrada conta que o CNA tem como benefício o fato de que os nomes dos pretendentes ficaram disponíveis para os juízes de todas as comarcas com uma única habilitação, que deve ser realizada em seu local de domicílio - antes os pretendentes habilitavam-se em suas respectivas comarcas e saíam "peregrinando" pelo país, buscando as varas da infância que julgassem mais promissoras para também nelas registrarem suas habilitações.

"Com o CNA eles também estão seguros de que serão consultados de acordo com a ordem cronológica das habilitações", explica Katy Braun.

Para as crianças e adolescentes, o maior benefício foi a ampliação das oportunidades, pois pretendentes de todo o país se tornam conhecidos do juiz que está em busca de uma família substituta para elas. “Isso não só aumenta a chance de se encontrar uma família, mas também de que essa família seja nacional”, ressalta a juíza.

Outra facilidade oferecida pelo Cadastro é a orientação para o planejamento e formulação de políticas públicas voltadas para as crianças e adolescentes em situação de acolhimento que ainda esperam pela oportunidade da convivência familiar.

Os juízes da Infância e da Juventude podem cadastrar e alterar os dados dos pretendentes e das crianças e adolescentes, que estão dentro de sua competência, além de consultar todos os registros e cruzar dados referentes à adoção.

Além dos juízes das Varas da Infância e da Juventude, são também usuários do CNA promotores de justiça com atribuição nessas varas e as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs).O acesso aos dados contidos no CNA é permitido apenas aos órgãos autorizados.

Na avaliação da juíza Katy Braun, o CNA é importante, mas ainda caminha para ser uma ferramenta totalmente eficaz. “Tornou a busca mais transparente ao impor que os pretendentes sejam consultados na ordem cronológica de suas inscrições. O sistema, em si, tem muitas limitações técnicas e merece aperfeiçoamento pelo CNJ para que torne o trabalho dos operadores mais ágil”.

Ela ressalta que uma das sugestões que os juízes têm apresentado para melhorar o cadastro é a possibilidade de inclusão de crianças cujos pais foram apenas suspensos do poder familiar, na hipótese em que elas forem encaminhadas para adoção com risco jurídico e ainda o cadastramento paralelo de pretendentes estrangeiros habilitados em cada Estado, a fim de que sejam consultados quando esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira.

Outro ponto que a magistrada levanta é a falta de adesão de todos os tribunais de justiça na alimentação do cadastro, pois ainda há muitos estados que não migraram os dados de seus cadastros locais para o CNA ou fizeram-no de forma incompleta, prejudicando assim as pesquisas.

Dados - A exemplo de como funciona, números do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), de março de 2013, apontam que existem mais de 29 mil pretendentes à adoção no país para 5.464 crianças e adolescentes aptos a serem adotados. Destes 33% são da raça branca; 75% possuem irmãos e 21% possuem problemas de saúde. Cerca de 91% dos pretendentes desejam crianças brancas, 81% quer adotar somente uma criança e 32% só aceita a adoção se a criança for do sexo feminino.

Em Mato Grosso do Sul são 144 crianças inscritas no CNA, sendo 28 de Campo Grande e, ao todo, são 411 pretendentes à adoção. Os dados são do início do mês de abril.

Inscrições – O interessado em adotar, como dispõe o CNJ, somente pode ser inserido no sistema pela comarca de seu domicílio, nos moldes do artigo 50 da Lei Federal nº 8.069/90.

Primeiramente, deve habilitar-se na Vara da Infância e da Juventude de sua comarca ou, inexistindo nela Vara Especializada, na Vara competente para o processo de adoção. O próprio juiz ou seu auxiliar realiza o cadastro no sistema.

As inscrições no CNA são válidas por cinco anos, prazo que pode ser reduzido a critério do juízo da habilitação, se entender pela reavaliação do pretendente. Com a inserção dos dados no CNA, todos os juízes, de todo o país, têm acesso à relação dos pretendentes à adoção.

O cruzamento dos dados é realizado com base nas informações apresentadas pelo próprio pretendente em seu processo. O sistema apresenta a listagem de pretendentes para aquele perfil, caso exista mais de um interessado nas mesmas características de criança/adolescente. Nesse caso, cabe ao juiz definir os critérios de preferência.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Capital é convidado a integrar grupo de trabalho do CNJ - 06/05/2013



O trabalho de magistrados sul-mato-grossenses continua se destacando no cenário nacional. Prova disso foi o convite recebido pelo juiz Roberto Ferreira Filho, da Vara da Infância e da Juventude de Campo Grande, para integrar um grupo que trabalhará de forma integrada, contínua e permanente, na articulação de políticas políticas, monitoramento e ficalização, acompanhamento, para a efetivação da doutrina da proteção integral e preservação de direitos de crianças e adolescentes.

Do grupo devem participar representantes do Poder Judiciário (CNJ), Ministério Público (CNMP) Defensoria Pública (CONDEG) e Ministérios da Saúde, da Educação, da Justiça, da Assistência Social, do Trabalho e dos Direitos Humanos.

As reuniões de trabalho devem ser realizadas bimestralmente em Brasília, permitindo que os integrantes trabalhem em quatro eixos: a) direito à convivência familiar; b) combate à exploração sexual; c) combate ao trabalho infantil e proteção do adolescente trabalhador e d) socioeducação e execução de medidas socioeducativas.

Roberto Ferreira Filho integrará o eixo cujas discussões serão direcionadas para socioeducação e execução de medidas socioeducativas, cuja experiência na área o qualifica. Com ele estarão um juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça e uma juíza federal, que integra o Conselho Nacional do Ministério Público. A primeira reunião está prevista para ser realizada depois do dia 20 de maio.

Esta não é a primeira vez que juízes de Mato Grosso do Sul são requisitados para atender o CNJ. O juiz Marcus Abreu de Magalhães, só este ano, atendeu duas vezes o chamamento do Conselho e prestou serviços em matérias de interesse nacional de 18 a 21 de fevereiro, e de 11 a 15 de março.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Banco apresenta à justiça proposta para diminuição de processos - 08/05/2013



O Banco Itaú apresentou à administração do Tribunal de Justiça de MS, e posteriormente aos juízes das Varas Cíveis de competência residual e competência bancária de Campo Grande, além das varas dos Juizados Especiais, seu plano de extinção de cerca de 70% das demandas que tem em todo Brasil, o que atinge diretamente Mato Grosso do Sul.

A proposta do Banco Itaú não se limita apenas a acordos, mas efetivamente na maneira em que a referida instituição passará a tratar suas ações de conhecimento e execução. Ao todo, 19 juízes se reuniram no miniauditório do Fórum da Capital para ouvir a explicação do banco, onde foram colocadas dúvidas e sugestões a respeito dessa iniciativa.

De acordo com o juiz auxiliar da presidência, Olivar Augusto Roberti Coneglian, os magistrados ficaram satisfeitos, pois a população terá uma resposta mais rápida quanto as demandas envolvendo a mencionada instituição bancária.

Para o Banco Itaú, outros bancos também devem aderir a essa ideia visando a redução de processos, uma vez que nas ações de massa é necessário que se adotem medidas administrativas para se ter eficácia e satisfação em prol da população.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Juiz promove encontro para discutir drogas e violência nas escolas - 22/05/2013



Primeiro ele deferiu liminar em Ação Civil Pública que tratava da sistemática protetiva ao crescente número de crianças e adolescentes usuários de substâncias entorpecentes e determinou que o município de Paranaíba pague por internação de dependentes químicos.

Agora, em parceria com a UEMS, no Plenário do Tribunal de Júri, reuniu professores e diretores de todas as escolas daquela cidade para discutir drogas e violência nas escolas. Participaram também o coordenador do curso do Direito da UEMS, Isael José Santana; o defensor público Homero Lupo Medeiros; membros do Conselho Tutelar e acadêmicos da UEMS.

A proposta de discussão realizada pelo juiz da Vara da Infância de Paranaíba, Cássio Roberto dos Santos, faz parte de um projeto projeto de extensão da UEMS, coordenado pelo acadêmico Pablo Tiago da Silva. O encontro faz parte das ações previstas no projeto e tem como alvo alunos do ensino fundamental e médio das escolas do município de Paranaíba.

A ideia é organizar palestras com profissionais do Direito, médicos, policiais e possíveis ex-viciados, mostrar os malefícios das drogas e evidenciar aos jovens uma realidade que está encoberta, que precisa ser trabalhada pelas instituições de ensino.

Ao falar sobre sua participação no projeto, o juiz Cássio parabenizou a iniciativa e contou que aceitou de imediato ao ser convidado, na condição de juiz da Infância e da Vara Criminal, a participar do projeto. "Já tínhamos em mente algo semelhante a esse encontro e, na verdade, houve antecipação de algumas medidas que estamos elaborando para a Comarca, ligadas aos direitos das crianças e adolescentes", explicou.

Ao falar do encontro, Cássio agradeceu ainda o apoio da Defensoria Pública, sempre sensível às questões sociais que atormentam a localidade. "O encontro serviu para termos um pouco de conhecimento da realidade do Município. Os professores estão assustados e com medo. Alguns disseram que se sentem reféns da violência e do tráfico que têm crescido muito nas escolas, principalmente entre menores de idade", relatou.

Agora, de acordo com o juiz, a intenção é continuar o levantamento de dados; fazer um mapeamento dos problemas mais críticos e, em conjunto com a Assistência Social Municipal, a equipe multidisciplinar do

juízo, o Conselho Tutelar, Polícias, Defensoria Pública, OAB, Ministério Público, dentre outras entidades sociais, traçar plano e cronograma de medidas a serem desenvolvidas em 2013.

Projeto - Dentre algumas propostas do projeto de extensão universitária destaca-se a promoção do debate junto à população infanto-juvenil sobre os malefícios causados pelo uso dos entorpecentes; visitas às instituições nas regiões próximas que tratam da desintoxicação dos dependentes químicos, além de estender o debate junto aos professores quanto à formação da personalidade da criança, observando-se como as drogas moldam o processo de desenvolvimento da criança.

Para o defensor público de Paranaíba, Homero Lupo Medeiros, a iniciativa é brilhante e a realização de um encontro entre professores do ensino médio e fundamental da Comarca de Paranaíba e o sistema de justiça (Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público), com certeza, é o melhor caminho para a redução da violência e tráfico de drogas nas escolas.

"Como os professores estão na ponta da cadeia, vendo os fatos in loco, suas informações e visão social do problema serão fatores determinantes para a melhor atuação do sistema de justiça como um todo, pois, a partir delas, é possível repensar o sistema de prevenção e repressão dessa violência", disse ele.

O acadêmico Pablo Tiago da Silva destacou a crescente participação do Poder Judiciário na execução do projeto. "No encontro promovido pelo juiz Cássio Roberto dos Santos com todos os professores da rede pública ficaram evidenciados os problemas encontrados em suas instituições. E foi nesta reunião sobre violência nas escolas que saiu o indicativo de uma audiência pública para tratar do assunto".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DO DESEMBARGADOR OSWALDO RODRIGUES DE MELO POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. LUIZ GONZAGA MENDES MARQUES

Aos vinte e quatro dias do mês de abril do ano de dois mil e treze.

Senhores Desembargadores e demais magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, advogados, demais autoridades civis e militares presentes, servidores do poder judiciário, senhoras e senhores, e muito especialmente os familiares e amigos do novo desembargador hoje empossado.

Incumbiu-me o ilustre presidente desta Corte, Des. Joenildo de Souza Chaves, da nobre missão de saudar o novo desembargador que toma posse e assento neste egrégio Tribunal Pleno. Sinto-me profundamente desvanecido por essa indicação, que, ao mesmo tempo em que me envaidece, me enche o coração de alegria.

Inicio a minha fala invocando o escritor francês do século XVIII, François Andriex, que narra, em seu livro de conto "O Moleiro de Sans-Souci" a seguinte passagem.

Frederico II, "o Grande", rei da Prússia, um dos maiores exemplos de "déspota esclarecido", exímio estrategista militar e amante das artes, amigo de Voltaire (grande escritor, poeta e dramaturgo francês), resolveu construir um palácio de verão em Potsdam, próximo a Berlim. O rei escolheu a encosta de uma colina, onde já se elevava um moinho de vento, o Moinho de Sans-Souci, e resolveu chamar o seu palácio do mesmo modo (Sans-Souci significa "sem preocupação").

Alguns anos depois, porém, o rei resolveu expandir seu castelo e, um dia, incomodado pelo moinho que o impedia de ampliar uma ala, decidiu comprá-lo, ao que o moleiro recusou, argumentando que não poderia vender sua casa, onde seu pai havia falecido e seus filhos haveriam de nascer. O rei insistiu, dizendo que, se quisesse, poderia simplesmente lhe tomar a propriedade.

Nesse momento então o moleiro teria dito a célebre frase: "Como se não houvesse juízes em Berlim…" Pasmo com a ousada e certamente ingênua resposta, que indicaria a disposição do moleiro em litigar com o próprio rei na justiça, Frederico II decidiu alterar seus planos, deixando o sujeito (e seu moinho) em paz.

Esse conto passou para a história como um símbolo da independência possível e desejável da justiça. Para aquele humilde moleiro, a justiça certamente seria cega para as diferenças sociais e não o distinguiria do rei, mesmo numa monarquia. Daí por que se costuma dizer "que ainda há juízes em Berlim".

Aproveito do conto de François Andriex para falar do avanço das nossas instituições democráticas. Refiro-me a um processo histórico, julgado pelo nosso Pretório Excelso, o qual culminou com a condenação de dezenas de réus, acusados de participar do maior escândalo político da história desse país, o famigerado "mensalão".

Nada poderia ser mais auspicioso para uma democracia do que a reafirmação, solene e enfática da tese da igualdade de todos perante a lei. Essa conquista reverte cinco séculos em que praticamente foi praxe condenar os acusados do povo e isentá-los quando ricos e poderosos.

Esse julgamento marcante é de grande significado para o país, porquanto fortalece o Poder Judiciário que, de certa época até aqui vinha sofrendo insidiosas tentativas de desmoralização e descrédito.

Nesse contexto, aliás, é altamente positivo que o poder judiciário tenha se portado com a isenção, a sabedoria e a clareza de propósitos tão necessários nessas circunstâncias.

Por outro lado, não poderia deixar de registrar que o nosso egrégio Tribunal de Justiça, em matéria de produtividade, entre os 27 tribunais estaduais do país, está entre os cinco primeiros que atingiram a meta estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o ano de 2012. Tal meta estipulava que os tribunais deveriam julgar quantidade maior de processo de conhecimento do que os distribuídos no ano.

Dados do chamado "processômetro" de 2012, da justiça de 1º grau, informam que deram entrada no judiciário de MS 198.539 novos processos e foram julgados 205.809. O grau de cumprimento dessa meta, que é igual à somatória dos processos julgados dividido pela somatória dos distribuídos, totalizou 1,04%. Esta meta, que permite aos tribunais reduzir o estoque de processos em tramitação, está cumprida.

O Dr. Luiz Gonzaga Mendes Marques nasceu na cidade de São Luiz Gonzaga, no Rio Grande do Sul, e formou-se em Direito pela Universidade de Rio Grande em 1979. No judiciário gaúcho exerceu cargos como servidor no âmbito judicial e extrajudicial, bem como integrou a magistratura daquele estado, no cargo de Pretor (juiz temporário, que era previsto na Constituição de 1967), o qual exercia quando foi aprovado no concurso público de provas e títulos para Juiz no Estado de Mato Grosso do Sul, no ano de 1987.

No Judiciário de MS foi juiz substituto na Capital e em Dourados. Foi promovido, em 2 de junho de 1989, para juiz de Direito de Primeira Entrância na Comarca de Bandeirantes. Em 7 de abril de 1989, foi promovido para Juiz de Direito de 2ª Entrância, para atuar na 1ª Vara da Comarca de Coxim. No dia 23 de junho de 1997 foi promovido para Entrância Especial, em Campo Grande, onde foi lotado na 4ª Vara Cível, na qual permaneceu até a sua promoção para este Tribunal.

Nas comarcas onde exerceu suas funções também foi juiz eleitoral e Diretor do Foro. Em Campo Grande foi juiz do então 6º Juizado Especial Cível e membro de Turma Recursal dos Juizados Especiais.

Atuou como juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça no biênio 2005/2006. Foi presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul (AMAMSUL) no biênio 2001/2002. Também exerceu o cargo de vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), tendo exercido o cargo de diretor executivo da Escola Superior da Magistratura (Esmagis).

Exerceu também os cargos de membro substituto e membro titular no Tribunal Regional Eleitoral, onde também exerceu o cargo de diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJE).

O empossado é um magistrado de grandes virtudes morais, extremamente dedicado à magistratura, ao trabalho, ao estudo e à família. Sempre muito preocupado com a celeridade e a qualidade do serviço prestado pela jurisdição, jamais se omitiu, e pautou sua vida profissional por essa incessante busca de uma magistratura melhor e de um judiciário mais efetivo, características essas que o transformaram num exemplo para seus colegas.

Não poderia deixar de lembrar que o ilustre empossado ocupa a vaga deixada por um ilustre amigo de mais de trinta anos, o Desembargador João Carlos Brandes Garcia, que agora usufrui da merecida jubilação.

Rendo a ele minhas homenagens com os sinceros votos de felicidades, nesta nova etapa de sua vida.

Quero terminar esta prédica lembrando que, num plano em que tudo se confia a homens que devam ter o amadurecimento pleno, seus atos se posicionam sob o crivo de uma obrigação quase suprema.

Por isso, DE NICOLA, ao traçar a missão do Juiz, pincelou-a com as cores fortes, anunciando: "não sei conceber nada mais alto, nem mais solene, nem mais terrível do que a missão do Juiz. Descobrir a verdade entre as mentiras que o envolvem e as astúcias que o insidiam, resistir às paixões que o cercam, ser justo sem indulgência nem rigor, conhecer o coração humano com as suas fraquezas e nas suas imperfeições, não obedecer aos ódios e não deixar-se arrastar pelas querenças, manter impassível ante os contrastes e os choques da vida, traçar os limites do justo com mão segura e com olhar esperto, ser intérprete não da palavra, mas do espírito informador e vivificador da lei, dispor da honra, dos haveres, do futuro, da própria vida de seus semelhantes".

E agora, Presidente, finalizando, apresento ao nobre Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques os votos de boas vindas com efusivos cumprimentos pela sua merecida promoção, extensivos à sua excelentíssima esposa, D. Maria Tereza Noll Marques, bem como aos seus diletos filhos, Thais, Marco Aurélio e Alexandre.

Muito Obrigado!

DISCURSO DO DR. LUIZ GONZAGA MENDES MARQUES POR OCASIÃO DE SUA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos vinte e quatro dias do mês de abril do ano de dois mil e treze.

Senhoras e Senhores que me honram com suas presenças, meus amigos que vieram de longe e demais amigos aqui presentes.

Assumo neste momento mais uma função decorrente da carreira de magistrado. E, ao fazê-lo, primeiramente agradeço a DEUS, que sempre tem me dado luz, amparo e força, em todos os momentos bons e também naqueles de dificuldades. E o compromisso primeiro é de sempre seguir seus ensinamentos e pedir sua proteção nessa nova função que passo a exercer a partir de agora, para que me dê lucidez, sabedoria e inspiração para continuar pautando meu proceder na busca da justiça.

Inicialmente quero agradecer as palavras generosas proferidas pelos que me antecederam na fala. A Dra. Nancy, representando a Defensoria Pública deste Estado, instituição que presta importantíssimo serviço à sociedade, especialmente às pessoas carentes, que não podem contratar advogado. Sou testemunha ao longo da minha carreira da relevância desses serviços e também da dedicação dos membros dessa Instituição. Por isso, recebam todos os defensores públicos meu reconhecimento e meu respeito, em especial aqueles com que tive o privilégio de trabalhar junto, tanto no interior do Estado, como na Capital.

Dr. André Xavier Machado, representando os advogados. Devo registrar que tenho a maior admiração pela classe dos advogados, que exercem atividade de maior relevância no sistema democrático, na defesa dos direitos do cidadão, integrantes, por força Constitucional, da Administração da Justiça, que muito poderão contribuir, de forma harmoniosa e compromissada, para a melhoria dos serviços do Poder Judiciário, com sugestões e diálogo, como deve ser toda a administração que tem o fim de encontrar soluções para as dificuldades, que decorrem na complexidade do próprio sistema. Por isso, recebam todos os advogados aqui presentes minha saudação.

A Dra. Irma, representando o Ministério Público Estadual, que certamente mercê da emoção do momento, exagerou nas referências à minha pessoa. No entanto, de uma coisa Vossa Excelência poderá ter a certeza: farei todo o esforço para honrar aquilo que Sua Excelência aqui destacou. O Ministério Público é uma Instituição que prezo muito, tendo convivência com muitos valorosos membros dessa instituição. Desse modo, ainda sem merecer tais referências, certamente também fruto da amizade, agradeço-as sinceramente.

Ao Des. OSWALDO RODRIGUES DE MELO, que proferiu saudação em nome desta Corte, agradeço do fundo do meu coração todas as palavras generosas a mim dirigidas. Certamente elas são frutos na nossa amizade, da sua bondade, por isso o exagero das afirmações. Mas, mesmo assim, fiquei profundamente emocionado com o que foi dito, porque a única coisa que um magistrado pode receber de bom grado é o reconhecimento pelo trabalho realizado. Por isso, meus agradecimentos, meu caro Des. Oswaldo. Estou aqui a partir de hoje para somar esforços com todos os membros desta Corte e Servidores. Muito obrigado.

Quero render as minhas homenagens também ao nobre Des. João Carlos Brandes Garcia, a quem tenho a honra de suceder nesta Corte, não para substituí-lo, porque isso não seria possível pela sua capacidade, mas apenas para ocupar sua cadeira neste Tribunal em razão de sua aposentadoria. Des. Brandes é aquela pessoa de voz mansa, sempre tranquila, de elevada sabedoria e de fino trato. Vossa Excelência afasta-se na

função jurisdicional, mas sempre estará presente não só fisicamente, mas na lembrança de todos pelas suas realizações e especialmente pela forma humilde e humana de tratar a todos. Receba, pois, meu caro Des. João Carlos Brandes Garcia, juntamente com sua família, minhas mais sinceras homenagens.

Registro também minha homenagem a duas pessoas que ilustraram o Poder Judiciário e que recentemente deixaram de conviver conosco no plano terrestre. Não estão mais fisicamente entre nós. Falo de dois grandes amigos. Da Desa Marilza Fortes e do Des. Nildo de Carvalho. Cada um, a seu modo e forma de agir, mas principalmente pela retidão, prestou relevantes serviços ao Judiciário deste Estado e, consequentemente, à sociedade. Sentimos muito suas partidas, mas honraram o judiciário deste Estado, e seus familiares podem se orgulhar de tudo que eles fizeram e pelo que representam para todos nós. Recebam seus familiares esta homenagem.

Assumo, nesta data, o compromisso com esta Corte, qual seja, de sempre procurar manter elevado o seu nome perante a sociedade, pois esta – a sociedade - é o fim a que se destina nosso trabalho, é ela a merecedora da prestação jurisdicional correta para a garantia do processo democrático e de forma segura.

Sei da responsabilidade de julgar, mas os senhores e senhoras poderão ter a certeza de que tudo farei para cumprir rigorosamente as normas legais e buscar sempre o justo. Como ser humano, poderei cometer equívocos, mas, se isso ocorrer, poderão ter a certeza de que será com a convicção de que estava acertando.

Quero agradecer aos Membros desta Corte a confiança em mim depositada e lhes dizer que sempre poderão contar comigo naquilo que for para a melhoria dos serviços do Poder Judiciário e para seu destino final, que é a segurança e efetividade na prestação jurisdicional.

O mesmo aos servidores deste Tribunal e do Judiciário como um todo. Primeiro agradeço a todos aqueles com quem tive o privilégio de trabalhar e também aqueles com que não trabalhei diretamente, mas que de algum modo me auxiliaram na minha carreira. Homenageio a todos em nome de alguns, como de Eva Moura Collis, diretora do Cartório da 4ª Vara Cível, onde fiquei durante 15 anos, em nome de quem presto minha homenagem aos servidores da Vara e todos os servidores de Campo Grande. José Antônio Alcântara, escrivão do Cartório da 1ª Vara Cível da Comarca de Coxim, que me acompanhou ao longo de oito anos naquela comarca, de onde tenho as melhores lembranças, comarca que também faz parte da minha vida, em nome de quem homenageio os servidores daquela Comarca. José Edivaldo de Melo, em nome de quem homenageio os servidores da minha primeira comarca, Bandeirantes. Rendo também minhas homenagens e agradecimentos aos meus assessores Vanessa de Queiroz Navarro Dias, Vitor Dias Zampieri e demais integrantes da equipe de gabinete, Daniel Moura Mayolino e os estagiários, Jaqueline, Mariana, Jean, Luiz Gustavo e Nádia, assim como aqueles que integraram anteriormente, como Marcos José Vieira, hoje magistrado no Paraná, que me honra com sua presença neste ato; Luciano Mendes, hoje juiz no Rio Grande do Norte, e que esta semana me informou ter sido aprovado no concurso de Juiz Federal da 3ª. Região; e a Criscia Cavalcante, hoje defensora pública, pelo apoio fundamental para a fruição dos trabalhos, de forma séria e responsável. A todos vocês meu reconhecimento e meus agradecimentos.

O Poder Judiciário brasileiro passa por muitas dificuldades e, muitas delas, na minha compreensão, decorrem da falta de posições firmes do próprio Poder Judiciário. Há que se ocupar o espaço que lhe pertence, sem destemor. As prerrogativas da magistratura não podem ser violentadas por interesses escusos. O judiciário é um dos Poderes da República, legitimado pela Constituição Federal, que não pode se curvar diante dos poderes políticos porque, embora diferente a forma de representação, também está respaldo pela mesma Carta Magna, como os demais poderes, cada um com direitos e deveres, que devem agir de forma harmônica e independente, mas sem subserviência, com respeito mútuo.

Assim, o Poder Judiciário brasileiro necessita retomar o caminho da independência efetiva, concreta, isto é, com orçamento condizente que possibilite o desenvolvimento de ações que lhe são inerentes, de

forma a dar respostas concretas aos reclamos da sociedade, com julgamentos céleres e efetivos, o que não significa apressado, para também se ter segurança nas decisões. O compromisso primeiro deve ser com a sociedade e, para isso, os poderes políticos, representados por pessoas eleitas pela sociedade, precisam compreender que o bom funcionamento do judiciário também é um dos deveres assumidos pelos poderes políticos com o voto da sociedade.

Sob o citado ângulo de visão é também possível verificar que a crise do Judiciário é um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizar e dar eficiência ao Estado-administrador e ao Estado-legislador, deficiente continuará o Estado-justiça, conforme menciona o jurista, ex-Ministro do STJ, ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, ao escrever sobre o tema "O Judiciário como Poder político no século XXI".

Esse mesmo jurista disse que "Convém, por isso mesmo, na atual conjuntura, que se aumente a colaboração entre os Poderes do Estado, objetivando apressar soluções tendentes ao bem comum. Não se trata de abrir mão dos princípios que regem a atuação de cada Poder, mas de uma aproximação maior entre os seus membros com o fito de se tomarem medidas de interesse geral, visando à sociedade como um todo. O que se há de procurar é dar cumprimento à segunda parte do art. 2º da Constituição, segundo o qual os poderes são independentes, mas harmônicos entre si. Ou seja, a independência não exclui a harmonia e a harmonia só poderá ser obtida mediante conversações que permitam identificar as posições convergentes sobre os problemas do Estado, a fim de que possam ser superados com a velocidade dos tempos modernos.

Não se deve olvidar que, à semelhança do que acontece com a atividade dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados, o relacionamento entre os Poderes obedece ao sistema dos vasos intercomunicantes. O Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, sem dolo, sem malícia, em nível ético. Um poder que, pela atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer: não se pode baixar o nível de um, sem baixar, de igual modo, o do outro (O enfoque foi utilizado por Piero Calamandrei na comparação das atividades entre juízes, advogados e membros do Ministério Público, e entre os Poderes do Estado, quando escreveu a obra "Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados, 4ª ed., Clássica, p. 22. (18). E, no que concerne ao mútuo respeito, "inexiste o mais alto: o respeito não desce de cima para baixo, não sobe de baixo para cima. Horizontalmente se manifesta sempre. Interligam-se de tal modo os três, que a elevação de um a todos enobrece, assim como o desrespeito a um a todos atinge" (texto contido no dizer do Advogado Justino Vasconcelos, ao falar sobre "Advocacia e relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público", tese n.º 12, da VI Conferência Nacional da OAB, Salvador (BA), outubro de 1978. (19). Não se referiu o autor ao relacionamento entre os Poderes do Estado, porém as assertivas são perfeitamente aplicáveis a esse relacionamento.

Com essa visão é que entendo o interesse maior de todos os poderes constituídos, com o fim primordial e fundamental direcionado à razão de suas existências, que é a sociedade. E nesse caminho é que sempre trilhei a minha trajetória como julgador, e a sociedade sul-mato-grossense pode ter a certeza de que continuarei a seguir nesta Corte, esse caminho, com independência, honradez e com muito esforço.

Apesar de o momento ser essencialmente de agradecimentos, era importante relembrar alguns aspectos das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário que, muitas vezes, não são bem entendidos pela sociedade, a qual não compreende ser esse poder o refúgio de quem tem seus direitos ofendidos.

Ao chegar ao fim desta fala, quero agradecer a todos os meus amigos que aqui vieram, grande parte se deslocou de outras cidades, como meus colegas magistrados do interior do Estado, os colegas daqui da Capital, os membros das outras carreiras jurídicas, os colegas que vieram de outros Estados e as demais pessoas que vieram prestigiar esta solenidade, o que muito me honra. A todos vocês meus agradecimentos pela amizade.

Quero agora me dirigir à minha família.

Aos meus pais, que não estão mais neste plano terrestre porque Deus os chamou, certamente, para um lugar melhor. Cumpriram com sua simplicidade e, cada um de sua forma, a missão que lhes foi dada na terra. Sinto saudade pela ausência, a quem agradeço o que me foi ensinado, especialmente a formação moral que me embasaram. Pessoas simples e sem maior formação intelectual, mas o principal me ensinaram, o que é o caminho da honradez.

Meu irmão Nilton e minha cunha Neila, aqui presentes, que vieram de longe para compartilhar deste momento. Vocês são muito importantes na minha vida, pois sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos da minha vida e estão dentro do meu coração. Um beijo grande no coração de vocês. Levem também um beijo aos meus sobrinhos Cláudia e Luiz, seu filho Augusto; Carlos Eduardo e Greice, sua filha Eduarda e Carlos Roberto e Grazi, que não puderam estar em razão de seus compromissos.

Aos irmãos da minha esposa Rita, Ester e Julci, meus concunhados João e Hugo, e meus sobrinhos Roberta, Rossana, Rodrigo, Silvia, Silvana e seu esposo, Felipe, bem como seus netos, que não puderam comparecer por motivos alheios às suas vontades, deixo registrado um beijo a todos.

Quero agora pedir licença a todos para abrir um parêntese muito especial. Falo a meus queridos filhos: Marco Aurélio, Alexandre e Thaís. Vocês são o grande presente que Deus trouxe para a minha vida. Ter filhos do caráter e retidão de vocês é o maior orgulho para um pai. E podem ter a certeza de que vocês são a inspiração de todo o meu esforço porque são uma das razões mais importantes de tudo o que faço. A vocês, meus filhos, um beijo no coração de quem os ama muito e que sempre estará do lado de vocês.

Minhas noras Nielli e Cristine. Vocês integram a minha família e são tão importantes como meus filhos, pois fazem a felicidade deles e completam a nossa família. São o complemento que Deus colocou nas nossas vidas. Por isso, estendo as minhas homenagens aos seus pais porque geraram vocês, que foram colocadas no caminho dos meus filhos. Também um grande beijo a vocês.

Por fim, a minha esposa Maria Tereza. Companheira de todos os momentos de minha vida. Que sempre me deu amparo e apoio em todas as minhas realizações e me deu suporte nos momentos de dificuldades, com muito amor e segurança. Lembro quando fui aprovado no concurso neste Estado, sem nada conhecer daqui, com dois filhos pequenos e grávida da nossa caçula, Thaís, quando lhe perguntei: "vamos para o Mato Grosso"? como todos diziam lá no Sul, e ela, com a segurança que lhe é peculiar, não teve dúvida em aceitar o desafio. Você é tudo aquilo que sonhei em uma companheira. Sua compreensão soube amenizar os momentos que, em razão das minhas atividades, tive que ficar ausente do seu auxílio no dia a dia, especialmente quando nossos filhos eram pequenos. Mas tudo isso valeu a pena. Fortaleceu nossa união e crescemos em tudo juntos, inclusive na fé. Receba, pois, Maria Tereza, esposa e companheira, meu amor, um beijo neste momento de coroamento da minha vida profissional. Te amo muito. Faria tudo do mesmo jeito.

Agradeço a todos os que aqui vieram, o que aumenta minha emoção.

Obrigado.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 00399826.2009.8.12.0001-9. 015

Apelação n. 0044176-71.2011.8.12.0001 018

Apelação n. 0075860-82.2009.8.12.0001 023

Claudionor Miguel Abss Duarte

Embargos de Declaração n. 0015039-47.2011.8.12.0000/50009..... 029

Apelação n. 0030631-46.2002.8.12.0001 032

Mandado de Segurança n. 0603883-76.2012.8.12.0000..... 036

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0002102-75.2006.8.12.0001 047

Agravo Regimental n. 0207318-67.2005.8.12.0001/50000..... 052

Apelação n. 0012760-19.2010.8.12.0002 055

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0002324-53.2010.8.12.0017 060

Apelação n. 0012526-40.2010.8.12.0001 064

Agravo de Instrumento n. 0601907-34.2012.8.12.0000 072

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0000317-69.2011.8.12.0012 089

Apelação n. 0000703-02.2011.8.12.0012 093

Apelação n. 0010804-65.2010.8.12.0002 098

João Maria Lós

Apelação n. 0002763-44.2012.8.12.0001 103

Apelação n. 0030560-63.2010.8.12.0001 108

Apelação n. 0070648-80.2009.8.12.0001 - 112

Josué de Oliveira

Apelação n. 0072741-79.2010.8.12.0001 119

Apelação n. 0135673-11.2007.8.12.0001 123

Agravo Regimental n. 4004279-97.2013.8.12.0000/50000..... 129

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0002274-14.2011.8.12.0010 134
Apelação n. 0032050-52.2012.8.12.0001 140
Apelação n. 0800821-57.2011.8.12.0007 144

Julizar Barbosa Trindade

Mandado de Segurança n. 0018061-89.2006.8.12.0000 149
Apelação n. 0065685-29.2009.8.12.0001 154
Apelação n. 0077195-39.2009.8.12.0001 158

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0019436-15.2012.8.12.0001 161
Mandado de Segurança n. 4000580-98.2013.8.12.0000 166
Agravo Regimental n. 4000642-41.2013.8.12.0000/50000 170

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n 0006853-66.2010.8.12.0001 174
Apelação n.0102206-20.2007.8.12.0008 183
Apelação n. 0800259-75.2012.8.12.0019 197

Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo Regimental n. 0000753-27.2012.8.12.0001/50000 205
Apelação n. 0044130-19.2010.8.12.0001 209
Apelação n. 0600201-60.2010.8.12.0008 219

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0001982-22.2012.8.12.0001 226
Apelação n. 0800382-26.2011.8.12.0046 233
Agravo Regimental n. 4001458-23.2013.8.12.0000/50000 240

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Reexame Necessário n. 0003633-26.2011.8.12.0001 244
Apelação n. 0014697-98.2009.8.12.0002 249
Apelação n. 0802882-69.2012.8.12.0001 252

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação n. 0021993-09.2011.8.12.0001 256
Apelação n. 0809101-95.2012.8.12.0002 259
Apelação n. 0813092-19.2011.8.12.0001 265

Sérgio Fernandes Martins

Agravo Regimental n. 0003017-43.2006.8.12.0028/50000 272
Apelação n. 0005127-38.2008.8.12.0030 277
Agravo Regimental n. 4004372-60.2013.8.12.0000/50000 282

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0035836-75.2010.8.12.0001 285
Apelação n. 0045856-57.2012.8.12.0001 289
Apelação n. 0805138-16.2011.8.12.0002 292

Vilson Bertelli

Apelação n. 0005304-24.2011.8.12.0021 296
Agravo Regimental n. 0016402-68.2008.8.12.0002/50000 300
Agravo de Instrumento n. 4000857-17.2013.8.12.0000 304

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0001080-77.2010.8.12.0021 306
Apelação n. 0001326-05.2012.8.12.0021 309
Apelação n. 0806965-65.2011.8.12.0001 312

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0000122-94.2010.8.12.0020 316
Apelação n. 0001218-95.2011.8.12.0025 322
Apelação n. 0001390-33.2012.8.12.0015 329

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0000638-96.2010.8.12.0026 333
Apelação n. 0000683-13.2010.8.12.0055 337
Apelação n. 1600042-07.2012.8.12.0000 342

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0008731-55.2012.8.12.0001 345
Revisão Criminal n. 0605351-75.2012.8.12.0000 350
Habeas Corpus n. 4004775-29.2013.8.12.0000 359

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Conflito de Jurisdição n. 0009399-91.2010.8.12.0002 363
Recurso em Sentido Estrito n. 0026163-58.2010.8.12.0001 368
Habeas Corpus n. 4004907-86.2013.8.12.0000 372

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0000283-76.2011.8.12.0018 379
Apelação n. 0000293-94.2009.8.12.0017 383
Apelação n. 0001024-97.2007.8.12.0005 387

Maria Isabel de Matos Rocha

Revisão Criminal n. 0005767-92.2012.8.12.0000 395
Habeas Corpus n. 4001706-86.2013.8.12.0000 400
Habeas Corpus n. 4003751-63.2013.8.12.0000 406

Romero Osme Dias Lopes

Apelação n. 0000753-77.2010.8.12.0007 413
Agravo de Execução Penal n. 0013693-87.2013.8.12.0001 416
Habeas Corpus n. 4001951-97.2013.8.12.0000 422

Ruy Celso Barbosa Florence

Recurso em Sentido Estrito n. 0010977-55.2011.8.12.0002 426
Apelação n. 0028545-24.2010.8.12.0001 429
Habeas Corpus n. 4003816-58.2013.8.12.0000 441

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Escritura pública. Cessão de direitos hereditários. Decadência. Princípio da substanciação. Nulidade do negócio jurídico. Inexistência de manifestação da vontade. Sentença reformada (0800259-75.2012.8.12.0019) 197

Ação civil pública ambiental

Nomeação de perito. Exceção de suspeição. Intempestividade. Artigos 304 e 305 do CPC (4001458-23.2013.8.12.0000/50000) 240

Ação declaratória

Inexistência de débito. Consumo de energia elétrica. Irregularidade. Aparelho medidor de energia elétrica. Prova produzida unilateralmente. Dano moral. Pedido não formulado na inicial (0002763-44.2012.8.12.0001) 103

Ação de alimentos

Exoneração. Maioridade. Necessidade. Não comprovação. Dano moral. Abandono afetivo. Indenização indevida (0012760-19.2010.8.12.0002) 055

Alienação de bens apreendidos

Crime. Entorpecente. Venda cautelar. Possibilidade. Perdimento do bem em favor da União. Portaria TJ/MS n. 369/2006 (0000317-69.2011.8.12.0012) 089

Ação de busca e apreensão

Indeferimento da inicial. Mudança de endereço. Protesto do título. Notificação via edital (0806965-65.2011.8.12.0001) 312

Ação de cobrança

Contratação temporária. Natureza administrativa. FGTS. Não devido (0000703-02.2011.8.12.0012) ...093

Indenização securitária. Seguro de vida. Prazo prescricional. Morte decorrente de complicações pós-operatório. Morte acidental. Correção monetária (0044176-71.2011.8.12.0001) 018

Seguro. Invalidez inexistente. Cirurgia omitida pelo segurado. Doença preexistente. Recebimento do prêmio. Impossibilidade. Quebra da boa-fé (0002102-75.2006.8.12.0001) 047

Seguro. Suicídio do beneficiário. Art. 798 do Código Civil. Má-fé do contratante. Necessidade de comprovação (0016402-68.2008.8.12.0002/50000) 300

Taxa de condomínio. Compromisso de compra e venda não registrado. Legitimidade passiva. Propriedade do imóvel. Ciência inequívoca do condomínio. Alienação do imóvel. Não ocorrência. Responsabilidade do promitente vendedor (0032050-52.2012.8.12.0001) 140

Ação de imissão na posse

Propriedade regularmente constituída. Imóvel adquirido em leilão da CEF. Posse exercida irregularmente. Usucapião. Impossibilidade. Retenção de benfeitorias. Indicação genérica. Posse de má-fé (0044130-19.2010.8.12.0001) 209

Ação de obrigação de fazer

Instalação de hidrômetro. Fonte alternativa de captação de água. Poço artesiano. Esgoto sanitário (0135673-11.2007.8.12.0001) 123

Ação de reintegração de posse

Posse anterior. Não comprovada. Inexistência de esbulho praticado pela ré. Art. 333, do CPC. Ônus da prova (0001982-22.2012.8.12.0001) 226

Ação de usucapião

Recurso interposto por terceiro prejudicado. Herdeiro. Reconhecimento da condição de herdeiro em ação de usucapião. Impossibilidade (0030631-46.2002.8.12.0001) 032

Ação negatória de paternidade

Anulação de registro. Exoneração de alimentos. Exame pericial. Exclusão da paternidade. Reconhecimento espontâneo. Inexistência de vício de consentimento. Paternidade socioafetiva (0075860-82.2009.8.12.0001) 023

Ação revisional

Contrato bancário. Juros remuneratórios. Abusividade. Não demonstrada. Comissão de permanência. Limitação (0072741-79.2010.8.12.0001) 119

Alimentos

Exoneração. Binômio possibilidade-necessidade (0800821-57.2011.8.12.0007) 144

Bem de família

Propriedade rural. Garantia hipotecária. Financiamento agrícola. Penhora. Exceção à impenhorabilidade. Bem de família (0002274-14.2011.8.12.0010) 134

Cessão de direitos hereditários

Necessidade de escritura pública. Forma prescrita em lei. Invalidade (0001080-77.2010.8.12.0021) 306

Contrato de locação

Prorrogação automática. Fiança. Responsabilidade solidária do fiador. Inexistência de exoneração posterior. Fiança mantida (0045856-57.2012.8.12.0001).....289

Contribuição sindical

Servidor público estatutário. Obrigatoriedade. Exclusão. Inativos (0800382-26.2011.8.12.0046).....233

Divórcio

Direito internacional. Casamento entre brasileiros celebrado no exterior. Devidamente registrado no Brasil. Réu domiciliado no exterior. Competência internacional. Exceção de incompetência da justiça brasileira. Competência da justiça brasileira (0601907-34.2012.8.12.0000) 072

Partilha. Regime de comunhão parcial de bens. Doação Incomunicabilidade. Benfeitorias. Ausência de provas. Desocupação do imóvel (0802882-69.2012.8.12.0001) 252

Embargos de declaração

Nulidade. Ausência de observância do art. 493 do CPC. Desnecessidade. Omissão. Inocorrência (0015039-47.2011.8.12.0000/50009) 029

Execução

Título extrajudicial. Excesso de execução. Juros capitalizados. Preclusão temporária (4000642-41.2013.8.12.0000/50000) 170

Execução fiscal

Crédito tributário. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Possibilidade (0207318-67.2005.8.12.0001/50000) 052

Embargos à execução. Substituição tributária. Não provada. Imunidade recíproca. ISSQN devida por terceiro prestador de serviço. Responsabilidade da autarquia. Pagamento do imposto. Inadmissibilidade (0600201-60.2010.8.12.0008) 219

Sociedade limitada. Dissolução irregular. Sócio-gerente. Redirecionamento da execução. Penhora. Bens que guarnecem a residência do devedor (0005127-38.2008.8.12.0030) 277

Indenização

Acidente de consumo. Injeção em farmácia. Responsabilidade objetiva da fornecedora. Serviço defeituoso. Inversão do ônus da prova. Danos morais. Indenização devida (0006853-66.2010.8.12.0001) 174

Encerramento da conta. Ausência de comprovação. Conta inativa. Cobrança de encargos. Possibilidade. Dano moral e material. Inocorrência. Repetição de indébito. Improcedência (0070648-80.2009.8.12.0001) 112

Município. Guardas municipais. Excessos praticados. Frequentador de balneário algemado. Dano moral. Indenização devida (0003017-43.2006.8.12.0028/50000) 272

Operadora de turismo. Hotel credenciado. Reserva confirmada. Viagem frustrada. Dano material e moral. Indenização devida (0030560-63.2010.8.12.0001) 108

Promessa de prêmio. Estabelecimento de meta. Contemplação de viagem como prêmio. Promessa não cumprida. Frustração ao contemplado. Danos morais. Indenização devida (0019436-15.2012.8.12.0001) 161

Seguro. Suicídio. Policial militar. Escala de serviço. Comprovação. Indenização devida (00399826.2009.8.12.0001-9) 015

Queda em degrau não sinalizado. Área de passeio do shopping. Ausência de provas. Aplicação do art. 333, I, do CPC. Dano material e moral. Não ocorrência (0014697-98.2009.8.12.0002) 249

Veículo adquirido de terceiro. Vício oculto. Adulteração do chassi. Peças objeto de furto. Ausente nexo causal. Seguradora. Ausência de responsabilidade. Dano moral. Indenização indevida (0035836-75.2010.8.12.0001) 285

Investigação de paternidade *post mortem*

Recusa dos consanguíneos em fornecer material genético. Exumação. Direito indisponível e imprescritível (4000857-17.2013.8.12.0000) 304

Mandado de Segurança

Exame nacional de ensino médio (ENEM). Certificado de conclusão do ensino médio. Pontuação mínima exigida pelo ENEM. Não obtenção. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada (4000580-98.2013.8.12.0000) 166

Disponibilidade de vaga em creche. Período integral. Direito a educação infantil. Dever do ente público. (0809101-95.2012.8.12.0002) 259

Servidor público estadual. Exoneração. Procedimento administrativo prévio. Respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ordem denegada (0603883-76.2012.8.12.0000) 036

Supermercado. Comercialização de medicamentos. Possibilidade. Segurança concedida (0077195-39.2009.8.12.0001) 158

Mandado de Segurança Coletivo

ISSQN. Taxista auxiliar. Isenção. Lei complementar 59/2003 – Princípio da legalidade tributária. Ofensa. Art. 150, I, CF (0003633-26.2011.8.12.0001) 244

Penhora

Execução. Provento de aposentadoria. Impenhorabilidade absoluta (4004372-60.2013.8.12.0000/50000) 282

Penhora on line

Depósito em conta única do juízo. Não insurgência sobre o quantum. Levantamento do valor corrigido. Extinção da obrigação (0021993-09.2011.8.12.0001) 256

Pensão por morte

Companheira. União estável. Prescrição. Decadência. Afastadas. Rateio com ex-cônjuge. Possibilidade (0018061-89.2006.8.12.0000) 149

Plano de saúde

Ação de cobrança. Radioterapia. Hospital conveniado. Tratamento não credenciado. Ressarcimento do segurado. Restituição integral (0010804-65.2010.8.12.0002) 098

Câncer de mama. Quimioterapia. Cobertura devida. Dano moral. Negativa injusta de cobertura securitária. Cabimento. Valor razoável (0005304-24.2011.8.12.0021) 296

Cirurgia. Hospital não credenciado. Urgência. Negativa de cobertura. Danos morais. Mero dissabor. Indenização indevida (0065685-29.2009.8.12.0001) 154

Tratamento de saúde. Ex-dependente. Separação do titular. Dever de informar. Não comprovação. Cobrança de valores. Ação própria (0000753-27.2012.8.12.0001/50000) 205

Rescisão contratual

Reintegração de posse. Bem imóvel. Inadimplência do comprador. Devolução dos valores pagos. Mora caracterizada. Cláusula penal reduzida. Parcelas pagas. Arras penitenciais. Correção monetária. Juros moratórios. Taxa de fruição. Sucumbência recíproca proporcional (0102206-20.2007.8.12.0008) 183

Poder familiar

Destituição. Ação de guarda. Abandono material. Comprovação. Manutenção da guarda concedida a avó paterna (0001326-05.2012.8.12.0021) 309

Responsabilidade obrigacional securitária

Declinação de competência. Contrato de compra e venda. SFH. Seguro habitacional. Apólice pública. Comprometimento do FCVS. Interesse da CEF. Competência da justiça federal (4004279-97.2013.8.12.0000/50000) 129

Separação de fato

Manutenção do cônjuge como dependente do plano de saúde. Possibilidade. Permanência da dependência econômica (0002324-53.2010.8.12.0017) 060

Separação judicial litigiosa

Regime de bens. Imóvel financiado. Partilha das parcelas adimplidas no período da convivência (0012526-40.2010.8.12.0001) 064

União estável

Ação de reconhecimento e dissolução. Partilha de bens (0805138-16.2011.8.12.0002).....292

Reconhecimento e dissolução. Partilha. Bens adquiridos posteriormente à convivência. Ausência de direito (0813092-19.2011.8.12.0001) 265

***

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em execução penal

Falta grave. Prescrição. Decreto estadual 12.140/06. Recurso improvido (0013693-87.2013.8.12.0001) 416

Conflito negativo de competência

Ato libidinoso praticado contra vulnerável. Lei Maria da Penha. Inaplicabilidade. Competência da vara criminal residual (0009399-91.2010.8.12.0002) 363

Criança e adolescente

Ato infracional. Alcance da maioridade penal no curso da representação. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Decisão reformada (0000753-77.2010.8.12.0007) 413

Crime ambiental

Perdimento de bem apreendido. Pedido de restituição. Indeferido. Reiteradas condutas ofensivas ao meio ambiente. Não demonstração (0000293-94.2009) 383

Crime de trânsito

Consunção. Embriaguez ao volante. Absolvição (0000283-76.2011.8.12.0018) 379

Dirigir sem habilitação. Condenação mantida. Prestação pecuniária reduzida (0000638-96.2010.8.12.0026) 333

Homicídio culposo. Perdão judicial. Extensão. Inaplicabilidade (1600042-07.2012.8.12.0000) 342

Estelionato

Estatuto do idoso. Princípio da consunção. Ameaça. Autoria e materialidade. Comprovação (0000683-13.2010.8.12.0055) 337

Execução penal

Trabalho externo. Preso estrangeiro. Regime semiaberto. Inviabilidade. Via inadequada. Ordem não conhecida (4003751-63.2013.8.12.0000) 406

Furto privilegiado

Pena-base. Redução. Possibilidade. Circunstância do crime. Aplicação da causa de diminuição pelo privilégio. Descabimento. Substituição da pena. Discricionariedade do julgador (0008731-55.2012.8.12.0001) 345

Habeas Corpus

Execução de alimentos. Prisão civil. Possibilidade. Não concessão (4001951-97.2013.8.12.0000) 422

Tentativa de estupro de vulnerável

Prisão em flagrante. Hipótese de flagrante impróprio ou quase flagrante. Inexistência de irregularidade (4001706-86.2013.8.12.0000) 400

Homicídio qualificado

Pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Exasperação devida. Confissão espontânea. Menoridade relativa. Imprevisão de critério matemático (0000122-94.2010.8.12.0020) 316

Lesão corporal grave

Porte de arma de fogo. Princípio da Consunção. Não aplicação. Crimes autônomos. Desclassificação para lesão corporal leve. Ausência de exame complementar. Irrelevância. Laudo conclusivo para testar a impossibilidade de trabalhar por mais de 30 dias (0001024-97.2007.8.12.0005) 387

Liberdade provisória

Posse irregular de arma de fogo. Fiança. Paciente hipossuficiente. Constrangimento ilegal. Ordem concedida (4004775-29.2013.8.12.0000) 359

Posse irregular de arma de fogo

Arma desmuniciada. Crime de perigo abstrato (0001218-95.2011.8.12.0025) 322

Prisão preventiva

Revogação. Excesso de prazo. Instrução processual. Demora inerente ao desenrolar do processo. Crime de perigo abstrato. Decreto prisional mantido. Garantia da ordem pública. Ordem denegada (4004907-86.2013.8.12.0000) 372

Violência doméstica. Lesão corporal. Ameaça. Presença dos requisitos autorizadores. Princípio da adequação (4003816-58.2013.8.12.0000) 441

Pronúncia

Homicídio qualificado. Pretendida impronúncia. Indícios de autoria e materialidade. Pronúncia mantida (0026163-58.2010.8.12.0001) 368

Revisão criminal

Furto qualificado**.** Princípio da insignificância. Impossibilidade. *Res furtiva*. Animal de estimação. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Revisão indeferida (0605351-75.2012.8.12.0000) 350

Crime militar. Policial militar. Concussão. Condenação superior a dois anos. Aplicação da pena acessória. Conselho Permanente de Justiça. Efeitos da condenação. Impossibilidade. Revisional deferida (0005767-92.2012.8.12.000 (2012.005893-6) 395

Tráfico de entorpecente

Conduta eventual. Hediondez. Pena inferior a 4 (quatro) anos – Regime aberto. Substituição da pena. Possibilidade (0001390-33.2012.8.12.0015) 329

Violência doméstica

Lesão corporal. Ameaça. Pena-base. Circunstâncias judiciais. Confissão espontânea. Reconhecida. Substituição e suspensão da pena privativa. Requisitos não preenchidos (0028545-24.2010.8.12.0001) 429

Lesão corporal. Retratação da vítima. Extinção da punibilidade. Ausência de representação. Impossibilidade (0010977-55.2011.8.12.0002) 426

***