Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 34 - n. 190
Outubro a Dezembro de 2013



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 34 - n. 190 - Outubro-Dezembro de 2013

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 34, n. 190

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. 190 (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. 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

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Juiz Designado Vilson Bertelli

SUMÁRIO

Doutrina

AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E TUTELA JURISDICIONAL

Vilson Bertelli 007

Jurisprudência Cível 037

Jurisprudência Criminal 443

Noticiário 620

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 631

Jurisprudência Criminal 634

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 637

Jurisprudência Criminal 642

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E TUTELA JURISDICIONAL

Vilson Bertelli

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, atualmente designado para substituir Desembargador.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Ação e "ação de direito material": 2.1 A evolução do conceito de ação. 2.2 A ação de direito material. 2.3 A ação no sistema jurídico contemporâneo. 2.4. Conclusão parcial. 3. A tutela jurisdicional. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentes discussões doutrinárias reacenderam o conceito de ação e puseram em evidência nossa permanente propensão a colocar o instituto como centro metodológico do processo civil[1]. A ação, assim como a lide, serviu de fundamento para construção de toda nossa cultura jurídico-processual. Iniciamos o século passado sob a influência da fase de afirmação científica do processo, iniciada em 1868 com a obra de Oskar Von Büllow, ao pôr em destaque a autonomia da relação jurídica processual.

Antes disso, houve a polêmica entre Windsheid e Mutter sobre a *actio* romana, e depois com Wach ao desenvolver seu conceito concreto de ação, com grande repercussão na Itália, principalmente com Chiovenda, em sua famosa aula proferida na Universidade de Bolonha, em 03 de fevereiro de 1903, a ação no sistema dos direitos, e sua definição de direito potestativo, até hoje aceita por muitos doutrinadores, até mesmo brasileiros. Mais tarde, os estudos de Plotz e Degenkolb, e muito especialmente Alfredo Rocco, destacaram a autonomia do direito de ação, demonstrando sua abstração em relação ao direito material.

No Brasil, na primeira metade do século XX, por força do Código de Processo de 1939, disseminou-se e desenvolveu-se a visão concretista do instituto. Nem mesmo a vigência do Código de 1973, forjado

1 *Cfr.* Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos do Processo Civil Moderno, n. 230, p. 472, com as seguintes constatações: "O processualista civil formado na tradição latina tem, no entanto, grande fascínio pela ação e sua doutrina, colocando-a em posto de destacado realce na teoria do direito processual. Isso constitui reflexo da herança romanística de um sistema que fora calcado nas *actiones*, e não nos direitos. (...) E nós brasileiros somos particularmente assim marcados pela teoria da ação, tendo o hábito de penetrar no mundo do processo pela porta representada por ela. (...) É reconhecidamente grande o significado político da ação civil no plano da vida dos direitos e de suas garantias no Estado-de-direito; é através da garantia da ação e constante ampliação de sua admissibilidade (inclusive, dando-se dimensão nova à *legitimatio ad causam*, na escalada da tutela jurisdicional aos interesses difusos) que se obtêm os bons resultados da abertura do acesso ao processo e à *ordem jurídica justa*, indispensáveis a um regime que aspire a ser substancialmente democrático. O que não se legitima é a prioridade metodológica dada à ação, que não é cientificamente desejável (*supra,* nn. 144, 147, 148 e 228). Em primeiro lugar porque o direito processual é antes de mais nada a *disciplina do exercício da jurisdição* – e a ação figura no sistema do direito processual apenas como poder de estimular o Estado-juiz a exercê-la, valendo como requisito indispensável à ativação da máquina judiciária. O que importa acima de tudo, para a vida das pessoas, são os resultados do exercício da jurisdição, não da ação; esta opera somente como uma alavanca propulsora daquela". (grifos no original).

na teoria eclética de Liebman, foi capaz de mudar nosso modo de ver. Contribui para isso o Livro IV, dos procedimentos especiais, com sua tipificação e denominação de algumas ações, tais como a possessória, a consignação em pagamento e a prestação de contas. Nossos manuais, ainda hoje, continuam a classificar as ações pela sua eficácia, e ao tratar do concurso e da cumulação de ações. Não raras vezes, professores e palestrantes fazem alusão à procedência da ação, advogados pedem a procedência em suas iniciais, e juízes julgam procedente a ação, numa clara e inegável evidência da forte influência cultural mantida entre nós pelo denominado período de afirmação científica do direito processual.

Pois bem, quando se acreditava superada a discussão, especialmente em razão da fase instrumental do processo, iniciada entre nós com a obra de Cândido Rangel Dinamarco[2], e quando já se anuncia a era do formalismo-valorativo, com José Roberto dos Santos Bedaque[3] e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[4], ressurge a temática, agora sob uma renovada roupagem da ação de direito material. Revigora-se o pensamento de Pontes de Miranda, principalmente após o embate entre Ovídio Baptista da Silva e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, e os partidários da opinião de um ou de outro. As acirradas discussões deram ensejo à publicação da obra Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, organizada por Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral, e apresentada por José Maria Rosa Tesheiner[5].

A renovação da discussão, a princípio fora da ordem mundial, permitiu reavivar e realçar a importância da tutela jurisdicional, durante muito tempo banida das nossas preocupações acadêmicas, como norte metodológico a ser seguido pelos nossos processualistas. Essa constatação revela-se nos artigos da obra acima referida. Pensada para evidenciar a divergência de posturas a respeito da existência da ação de direito material, desaguou na tutela jurisdicional, como solução para a pendenga.

E esse é o grande mérito da discussão, a princípio desfocada, mas capaz de permitir uma reflexão sobre a função da ação no atual momento do direito processual brasileiro, em confronto com a noção de tutela jurisdicional, muito especialmente se pensada em relação à técnica processual e à função social do processo, como método de solução das crises de direito material.

A proposta do presente estudo será, por conseguinte, a revisão das opiniões sobre a existência da ação de direito material, com breve incursão sobre a noção de tutela jurisdicional, na tentativa de demonstrar a função da ação na atualidade, e a imperiosa necessidade de mudança metodológica, com destaque para o estudo da jurisdição e da tutela jurisdicional como centro de preocupação da ciência processual, na linha do pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, como já evidenciam importantes trabalhos científicos, entre os quais se destaca aquele desenvolvido por José Roberto dos Santos Bedaque.

2. AÇÃO E "AÇÃO DE DIREITO MATERIAL"[6]

Antes de ingressar na análise das opiniões sobre a existência da ação de direito material, conveniente passar em revista a evolução do conceito de ação, ainda que rapidamente. O único objetivo dessa breve abordagem é traçar o perfil histórico do instituto, e, com isso, verificar qual seu real significado e importância no atual momento do direito processual civil.

2 *Cfr.* A instrumentalidade do processo, *passim*.

3 *Cfr.* Efetividade do processo e técnica processual, especialmente o capítulo II, técnica processual, com análise do da forma e do formalismo em seus vários aspectos.

4 *Cfr.* Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo.

5 *Cfr.* Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, *passim.*

6 As aspas são para evidenciar a distinção, num contraponto à atitude dos seus defensores, que colocam entres ação, quando querem se referir ao que denominam ação processual, seguindo padrão estabelecido por Pontes de Miranda, aliás, como fez Guilherme Rizzo Amaral, no seu artigo A polêmica em torno da "Ação de Direito Material", *in* Polêmica sobre a ação cit, p. 111.

O reexame do conceito de ação, ao longo das diversas fases do processo civil, é capaz de pôr em destaque o seu efetivo desempenho, principalmente após ter sido alçado ao patamar de direito fundamental, com expressa previsão constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Permitirá, por outro lado, evidenciar se existe a denominada ação de direito material, bem como qual seria sua função para o processo civil moderno. A investigação abrirá caminho para verificar se, como propagam seus defensores, de fato ela seria o elo perdido entre direito e processo. E, de igual modo, se tem alguma importância para um processo civil de resultados, em busca de efetividade e soluções adequadas para as posições de vantagem daqueles forçados a buscar proteção dos seus direitos por meio da jurisdição.

E isso se mostra importante, porquanto não se pode mais pretender a imposição de um instituto pelo simples objetivo dogmático, sem nenhuma finalidade prática. A ciência processual moderna está cada vez preocupada em desenvolver institutos voltados ao aprimoramento técnico do processo, como modelo estatal de resolução de conflitos, e não mais se compadece com discussões puramente acadêmicas.

2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AÇÃO[7]

Dinamarco, ao cuidar da *actio* no sistema jurídico romano[8], evidenciou que no âmbito do *jus civile*, diante da existência de normas fixadoras de direitos e obrigações, o juiz aplicava o direito, de modo muito semelhante ao que hoje ocorre. Quando não havia regras, diante da omissão do *jus civile*, o pretor desenvolvia atividade criativa, calcado no seu *imperium*, e por meio do seu *edictum,* quando assumia o cargo, anunciava as hipóteses em que daria ação (*actionem dabo*, "darei ação"). Valendo-se do ensinamento de Correia-Sciascia, após apontar que o pretor não era e não exercia função de legislador, e nem sequer instituía direitos quando apresentava seu rol de *actiones* no seu edito, Dinamarco acentuou: "O *jus edicendi*, inerente ao *imperium* de que foram dotados os magistrados republicanos, é que lhes autorizava a baixar esses avisos, 'a fim de tornar conhecido como administrariam durante o cargo, os negócios de sua competência'".[9]

Por isso, acentua Dinamarco, a rigor, as pessoas não tinham direitos, *jura*. Tinham a *actio*, e não direitos efetivos, em razão da falta de leis substanciais completas, porém a ação dada pelo pretor era suficiente para obterem em juízo aquilo que lhes era devido. Daí decorre a clássica definição de Celso, segundo a qual a *actio* era tida como *jus quod sibi debeatur; judicio persequendi.* O pretor, ao dar ação com base nos editais, na prática estava a reconhecer um direito ao autor, mas sempre pela via indireta do processo e da *actio*. A praticidade dos romanos permitia que vissem a ação como um momento mais importante do que o abstrato direito subjetivo. E, conclui Dinamarco, "e a palavra *actio*, que de início revelava apenas um ato solene do procedimento *(actio = actus)*, ingressou decididamente do *direito substancial* e deixou de ser um conceito relativo ao processo. Dizer que *alguém tem* ***actio*** significava,

7 Para uma visão crítica das diversas teorias sobre o direito de ação, v. José Ignácio Botelho de Mesquita, da Ação Civil, pp. 37 e ss., muito especialmente sua concepção de direito de ação e direito à administração da justiça, em Teses, estudos e pareceres de processo civil, vol. I, pp. 96 e ss.; v. também o estudo desenvolvido por Luiz Guilherme Marinoni sobre a Ação no Estado Constitucional, *in* Teoria Geral do Processo, pp. 157 e ss.

8 *Cfr.* Fundamentos do processo civil moderno, I, nº 233, pp. 476-480.

9 *Cfr.* ainda Fundamentos do processo civil moderno, I, nº 233, p. 477.

entre os romanos, dizer que alguém tem direito".[10] Liebman, em alusão ao direito romano, disse que na linguagem jurídica, agir tem o sentido de perseguir em juízo a tutela do próprio direito e o termo ação designa o correspondente a direito. Para ele, "é a *actio* dos juristas romanos, cuja definição permanece ainda válida e signiticativa: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debeatur.* Mas esse conceito encontra-se profundamente diversificado daquele do direito romano".[11]

Rogério Lauria Tucci[12] tem a mesma visão da *actio* romana, pois para ele os romanos não a distinguiam do direito subjetivo material. Por isso, eles só consideravam titulares da *actio* quem demonstrasse, na forma prevista, uma situação de direito material de fato existente.

Celso Neves, valendo-se dos estudos de Pugliese, afirma que a utilização da *actio*, na linguagem jurídica, estava afetada pelo sentido da palavra, não um agir qualquer, mas um agir de modo determinado. E que, nas fontes clássicas, o verbo *agere* tem variada acepção, sendo amplíssimo o seu emprego na linguagem jurídica. Assim é que, continua Celso Neves, agora com base em Vicenzo Colacino, no direito privado, o verbo agir e seus derivativos (*actio actus actum)* foram usados com o máximo de sentido, "per iudicare ogni dichiarazione individuale diretta a costituire o conservare um diritto".[13] E por isso mesmo diz que antes de constituir um ato de força ou defesa violenta, é mais provável que *actio* dissesse respeito ao ritual e ao formalismo oral, por meio do qual, originariamente, faziam-se valer as próprias razões.[14]

10 Id., pp. 477-478 – grifos no original. Dinamarco aponta, na sequência, a tipicidade das *actiones*, tal como são, aos olhos de hoje, os direitos. Diz-nos: "sem tipicidade substancial negamos a existência do direito subjetivo; os romanos negavam a ação. Assim é que, no caso de compra e venda de coisa com vício oculto, ao comprador que a tivesse descoberto o pretor concedeu as armas consistentes na *actio redhibitoria* e na *actio quanti minoris* (ou *aestimatoria*); hoje dizemos que esse comprador tem, perante o direito material, o direito subjetivo à resilição contratual ou ao abatimento no preço (direitos alternativos), devendo-se somente ao peso da História o emprego atual das locuções latinas. O dono tem o direito de haver a coisa do poder de quem a detenha injustamente (é um direito subjetivo material): os romanos diziam que ele tinha a *rei vindicatio*. Diziam também que o condômino dispunha da *actio communi dividundo* (ou *actio familiae erciscundae* em caso de sucessão hereditária) para a divisão da coisa comum; nós sabemos que ele tem o direito subjetivo material à divisão, a qual será feita mediante o exercício da ação, ou não (partilha amigável). Em todos os casos trazidos a exemplo e na maioria das situações de direito material afirmadas o resultado desejado pode ser obtido com ou sem interferência judicial, ou seja, com ou sem o exercício da ação de quem pretende; a ação e o processo constituem mesmo uma eventualidade na vida dos direitos, a ser ativada quando surge conflito entre dois ou mais sujeitos em torno de um possível direito. Mas os romanos não sentiam isso e tratavam a *actio* como típico instituto material, de criação pelo pretor na medida do poder de que dispunha. Falavam dela, por isso, com atributos próprios do direito material, como já foi lembrado, relacionando-a com o instituto jurídico substancial a que ligada e com o objetivo proposto – *actio confessoria, de arboribus succisis, negatoria, aquae pluviae arcendae, actio furti, actio injuriarum etc*. Cada uma delas correspondia a uma situação de direito substancial específica e destinava-se especificamente a propiciar o remédio adequado a ela. Daí a rígida tipicidade, aqui posta em destaque. Tipicidade, repito, que outra coisa não é, segundo o direito vigente, senão a tipicidade dos direitos postos em conflito", op.cit., p. 480.

11 *Cfr*. Manual de Direito Processual Civil, p. 147

12 *Cfr*. Aspectos modernos do conceito de ação, Ajuris, 14, p. 157. Esse mesmo trecho é referido por Guilherme Rizzo Amaral, para referendar o conceito de ação para os romanos, *cfr*. *A polêmica* em torno da "Ação de Direito Material", *in* Polêmica sobre a ação, p. 114.

13 *Cfr*. Estrutura fundamental do processo civil, p.85.

14 Loc. Cit., p. 84. Essa uma conclusão importante para o confronto com a ação de direito material, no sentido a ela emprestado por seus defensores. Dizem, e isso será visto mais adiante, que a ação de direito material corresponderia ao agir para defesa do direito subjetivo cuja exigência não fora atendida. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, ao analisar o *agere* no período das *legis actiones* e o *agere per formulas*, após constatarem que o titular da *actio* era considerado, não qualquer cidadão preenchesse certos requisitos, mas quem conseguisse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material. Noção essa que se generalizou, até mesmo durante a época clássica, o que levou o jurista Celso a conceituar a *actio* como o direito de alguém, mediante um processo, aquilo que lhe é devido. E, citando Pugliese, afirmam que as fontes provam de modo indiscutível que a *actio* concernia apenas quem tinha razão, e por isso ter ação indicava a titularidade de um direito. Assim, segundo Gaio (*I*., 4.11 e 30), asseveram: "tal sistema era assim chamado (*legis actiones*) porque as ações ou eram criadas pelas leis ou estavam ajustadas às mesmas palavras descritas nas leis, e, por isso, imutáveis. Nessa época arcaica, o *agerei, no âmbito das 'ações de conhecimento'* (*legis actio per sacramentum, legis actio per iudicis arbitrive postulationes e legis actio per condictionem*), correspondia a uma atuação material, vale dizer, a uma atitude, uma agir perante o magistrado que não poderia ser unilateral, devendo efetivar-se oralmente por ambos os litigantes". (*Cfr*. Lições de história do Processo Civil Romano, p. 46). De conformidade ainda com a observação de Cruz e Tucci e Azevedo, "o *agere*, originariamente, correspondia ao uso da própria força para recuperar ou para obter alguma coisa de outrem. Quando o processo surge como exigência de ordem e paz social, o *agere* passa a constituir uma retorsão justificada. Nas leis que se seguiram a tal momento, vinham definidas as *causae* que possibilitavam alguém *agere* contra outros (Redenti)" (Loc. Cit., p. 46-47). Acrescentam que o termo causa indicava a matéria litigiosa, ou seja, o fato, a razão, o fundamento que legitimava o *agere*. Aloísio Surgik também assevera que o direito romano era um sistema de ações: "Ao contrário do que sucede na atualidade, encarava-se o então direito antes pelo aspecto processual do que pelo lado material, podendo-se, portanto, afirmar que o direito romano era antes um **sistema de ações** do que um **sistema de direitos subjetivos**, o que se verifica principalmente no direito clássico, quando a evolução dos institutos jurídicos romanos se faz, sobretudo pela atuação do pretor no processo". (*Cfr*. Lineamentos do processo civil romano, p. 11 – grifos no original). Interessante observação sobre as ações da lei é feita por Silvio Meira. Após afirmar que o processo era formalista e totalmente oral (nada se escrevia), e referir o famoso caso das videiras cortadas, menciona como era o agir perante o pretor: "Os gestos sacramentais variavam de acordo com a natureza do litígio, podendo ser um simulacro de luta, **correptio manus** ou **manum conserere**. As partes deviam estar presentes. Não era permitida a representação. Sendo as ações da lei o mais antigo sistema processual romano conhecido, tinham muito de primitivo. Era um misto da justiça arbitral e da justiça pública. O simulacro de luta e os gestos obrigatórios que davam validade ao processo têm muito da justiça privada, como, por exemplo, a apreensão material da coisa litigiosa (**manu asserare**)". (*Cfr*. Processo Civil Romano, p. 28).

Celso Neves faz interessante consideração sobre a ação romana:

> *"No plano processual, desde época remota, actio designa o ato ou conjunto de atos com os quais alguém, na presença do magistrado, afirmava um direito próprio, em face de outrem, e lhe dava atuação ou lhe exigia o respeito, mediante a enunciação de palavras solenes, acompanhadas de gestos rituais. Pode-se mesmo assegurar que, no uso jurídico, actio significa não um agir qualquer, mas sim agir de certo modo, pela enunciação de fórmulas predispostas. Nesse sentido, agere significava cumprir ritos de sacrifício; recitar no teatro; desenvolver as próprias razões em juízo. Actio era, particularmente, um ato ou um complexo de atos verbais, ou mesmo o formulário para isso estudado. Cada ato concreto encontrava e devia encontrar correspondência em um modelo predisposto que valia como meio de tutela oferecido pela ordem jurídica. Nisso consiste a tipicidade das ações que, mais acentuadamente em épocas antigas, subsistiu até a era justiniana. O esquema prefixado não se referia, apenas, à atividade de quem fazia valer o direito (o autor), mas também de seu adversário e do magistrado e era, pois, globalmente, um esquema de procedimento."*[15]

Celso Neves conclui sua percepção sobre a ação romana, também seguindo Pugliese, dizendo que não era o equivalente ao que denominamos pretensão ou direito subjetivo, porém, mais do que isso, fazia as vezes do direito subjetivo, pois os romanos preferiam usar, em vez da linguagem dos direitos, a das *actiones*. A *actio* representava o poder de fazer valer o direito mediante o processo, ou seja, o poder de promover, tomando a iniciativa dos atos processuais, buscando a manifestação capaz de satisfazer seu próprio interesse contra o adversário, normalmente uma condenação, além de medidas materiais, executadas, a princípio, pelo próprio autor, sob autorização do magistrado. A esse poder ficava sujeito o adversário, designado pelos romanos com as palavras *actione teneri*.

E finaliza:

> *"A isso corresponde, proximamente, a conhecida definição de Celso: 'nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi'. A ação é, assim, o direito de buscar, mediante o processo, aquilo que nos é devido, conceito que corresponde às fontes clássicas e não pode ser tido como fruto de interpolação. E se Celso não podia falar, genericamente, de actio, porque só conhecia actiones específicas, o certo, como assevera Pugliese, é que estas 'apresentavam uma série de elementos comuns e constantes' e um jurista do II Século d.C. não podia encontrar dificuldade de esboçar uma noção deles compreensiva, embora sem finalidade teórica mas com o objetivo de interpretar, corretamente, disposições específicas, talvez do Edito, do mesmo modo que seus predecessores não tiveram dificuldade em classificar as actiones em várias categorias, com base nas suas características próprias."*[16]

Já pela denominada teoria imanentista ou civilista da ação, herdada do direito romano, desenvolvida por Savigny e pela doutrina procedimentalista da França, ação e direito subjetivo material eram um só e mesma coisa.[17] Tem respaldo na definição de Celso, de conformidade com a qual a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi)*.[18] Preponderou e teve grande influência sobre a doutrina até meados do século XIX, e deve sua vivência à fase evolutiva do processo, em que havia subordinação deste ao Direito Civil, sendo concebido como apêndice deste.[19]

15 Op. cit., n. 27, pp. 85-86. Na sequência, Celso Neves, seguindo a mesma orientação de Pugliese, ressalta, que entre os séculos I e II antes de Cristo, de conformidade com as fontes, para os romanos só era titular da *actio* quem tinha razão. Diziam que alguém tinha uma *actio*, ou competia uma *actio,* em vez de dizer que era titular de um direito. Diz ainda que Pugliese se opõe a Windscheid, para quem a ação romana era o equivalente do *anspruch*, porque os textos igualam a *actionem habere* ou *agere posse, e* a própria conexão entre *actio* como ato ou como esquema de ato e a *actio* como *ius*, mostra que os romanos conceberam a *actio* neste último sentido, como possibilidade de agir no processo, id., n. 29, p. 87.

16 Id., n. 30, p. 87.

17 *Cfr*: Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, II, n. 259, p. 5.

18 *In* Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, p. 107

19 Arruda Alvim, Manual, n. 116, p. 398. No mesmo sentido Eduardo Arruda Alvim, Direito processual civil, p. 146.

Assim, como ressaltam Araujo Cintra, Ada Grinover e Dinamarco,

> *"Pela escola denominada clássica ou imanentista (ou, ainda, civilista, quando se trata da ação civil), a ação seria uma qualidade de todo o direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontrastado, através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três conseqüências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.*[20]

Interessante observação foi feita por Hélio Tornaghi, após ressaltar que até 1856 não havia a menor dúvida acerca do estreito vínculo entre direito subjetivo e ação, senão pelo entendimento de uns, para quem a ação era apenas um aspecto belicoso do direito, e de outros, para os quais a ação seria um direito que nasce de outro, e não apenas uma atitude, uma forma de manifestar-se do direito lesado, e que os pandectistas alemães iam buscar no Direito Romano o conceito de ação, e partiam da célebre definição de Celso, aqui já mencionada (com ligeira alteração repetida no 51 D. 44,7: *Nihil aliud esse actio, quan ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi),* ao referir:

> *"Nihil aliud est. É possível que ao empregar a expressão nihil aliud est, não tivesse havido por parte de Celso qualquer intenção de negar o antigo conceito de ação direta, mas o fato é que a definição veio coroar um processo histórico de evolução daquele conceito. A palavra ação, a princípio, foi empregada no significado corrente e vulgar, era a atividade de quem se supunha credor contra quem era suposto devedor; de quem se considerava ofendido contra quem era considerado ofensor; de quem pretendia alguma coisa em face de quem devia entregar a coisa etc. Desta ação direta há vestígios em todas as ordenações. O Direito Romano a conheceu em abundância. Mas, à medida que o Estado restringe a liberdade do particular de agir pelas próprias mãos contra o ofensor, vai preceituando que o credor, o ofendido, o reivindicante lhe peçam, ou mesmo lhe exijam que faça justiça. A ação do credor, e de quantos outros, já nada mais é, nihil aliud est, do que o 'direito de perseguir em juízo', de 'perseguir por intermédio do juiz'. A definição de Celso, de propósito ou não, traduz o contraste entre a actio primitiva e a actio atual."*[21]

Portanto, a concepção clássica, imanentista ou civilista da ação guardava estreita ligação com a *actio* romana, e marcava a ausência de distinção entre direito subjetivo e processo, mesmo quando se proibiu a justiça de mão própria, e o Estado passou a substituir a vontade dos seus súditos. Continuou a ser vista como nada mais que o direito de perseguir em juízo o que era seu ou o que lhe era devido[22].

Só em 1856, a partir do livro de Windscheid: *Die Actio des römischen vom Standpunkte des heutigen Rechts* ("A actio do Direito Civil Romano (encarada) do ponto de vista do Direito moderno"), começou a ser construída a autonomia do direito processual, com a distinção entre direito subjetivo e ação. Em 1857, foi publicado o livro de Theodoro Muther, *Zur Lehre Von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation um die singular Succession in Obligationem* ("Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa (direito de ação), da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações"),

20 *In* Teoria Geral do Processo, n. 148, p. 250. Moacir Amaral Santos acrescenta: "O que caracteriza essa teoria, não obstante as variantes imprimidas por seus adeptos, é que a ação se prende indissoluvelmente ao direito que por ela se tutela. Direito ou qualidade deste, direito em movimento como conseqüência de sua violação, como diz Savigny, direito em ser exercício, no dizer de Vinnius, direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça, ou violação, segundo Unger, direito elevado à segunda potência, como disse Filomusi Guelfi, propriedade, virtude, qualidade, elemento, função, anexo do direito, a ação não é outra coisa senão o próprio direito subjetivo material. Daí três conseqüências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito", Primeiras Linhas, n. 108, p. 156.

21 Instituições de processo penal, pp. 244-245.

22 Galeno Lacerda faz interessante crítica à teoria civilista, demonstrando graficamente seu equívoco. O erro residiria no direito processual de ação com a exigibilidade natural do direito subjetivo material. E, valendo-se do conceito de lide, arremata sua crítica: "Conclui-se, então, que o direito processual de ação nasce do fato novo da lide, e não do mero direito subjetivo material, pois este só será atribuído efetivamente ao autor pela sentença, se esta julgar procedente a ação.", *in* Teoria Geral do Processo, pp. 214-215.

fazendo severa crítica à opinião de Windscheid.[23] A polêmica sobre o conceito da ação romana, travada entre eles, e posteriormente, em 1868, a obra fundamental de Oskar Bülow, A teoria das exceções e dos pressupostos processuais, construíram a autonomia do direito processual, como ramo científico do direito público.[24]

A teoria da ação como direito concreto à tutela surgiu anos depois, em 1885, com Adolpho Wach, e cooperou com a demonstração da autonomia do direito de ação. A ação não teria por fundamento necessário um direito subjetivo, ameaçado ou violado, porque perfeitamente admissível para se ter uma simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica[25].

Entretanto, concebeu ele a ação como um direito concreto, de tal modo que a tutela jurisdicional só pode ser satisfeita pela proteção concreta e o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. A ação seria, assim, um direito público e concreto, existente quando constatado o direito subjetivo[26].

Fernando Luso Soares aponta, além do Wach, Goldschimt e Helwig como seguidores da teoria concretista. Para o autor, Wach foi seguidor de Muther, o primeiro a ver a ação como direito concreto. E, no trecho ora reproduzido, vale-se do ensinamento de Couture, para acentuar as duas diretivas fundamentais do pensamento do jurista alemão:

> *"A primeira é o caracter público da acção; a segunda, o seu caracter concreto. E por ambas tende a destacar a efectiva tutela ou protecção jurídica do direito subjectivo lesado. Fala-se de acção em sentido público partindo da ideia de que ela constitui um direito no qual incumbe uma parte fundamental ao Estado, que é quem concede tutela jurídica, não só em forma de decisão, como também em vias de facto, de coerção, que possam ser exigidas para a eficácia que a ação tem contra o adversário, para que este sofra o facto de protecção estatal no caso de que a sentença acolha a acção por considerá-la fundada. Só há acção quando a demanda é procedente."*[27]

Chiovenda, que para Fernando Luso Soares[28] foi o grande modernizador do direito processual, por ter visto a ação como poder jurídico de dar vida à condição para atuação da lei pelo órgão jurisdicional,

23 Cfr. Hélio Tornaghi, Instituições cit., p. 249, cujo estudo sobre a polêmica entre Windscheid e Muther é referência no direito brasileiro.

24 *Cfr*: Leonardo Greco, Instituições de processo civil, p. 192, que ainda fez sobre o livro de Bulow a seguinte observação: " Neste livro, o autor demonstra que, se ação é um outro direito, o processo também uma outra relação jurídica. O processo é uma relação jurídica própria, que cria seus próprios direitos subjetivos, seus próprios deveres, ônus, poderes, enfim, com conteúdo totalmente diverso do conteúdo da relação jurídica de direito material. Hoje, discute-se se esse livro foi apenas uma obra fundamental na construção das bases da Teoria Geral do Processo ou se tinha também um objetivo político, porque nele o seu autor exalta o papel do Estado, do juiz como autoridade estatal, figura central da relação jurídico-processual. Alguns historiadores do processo veem nessa obra algum reflexo do Estado social, do Estado Autoritário, tal como o caracteriza a ideologia que inspirou a unificação alemã na segunda metade do século XIX". Celso Neves, quanto à importância da obra desses três juristas alemães para a autonomia da ciência processual, também manifesta opinião semelhante, cfr. Estrutura cit., n. 38 e 39, pp. 90-91. Ver ainda Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de direito processual civil, p. 72, que também vê que, a partir dessa polêmica e da obra de Bülow sobre os pressupostos processuais, o direito processual passou a ser estudado de forma científica, e o direito de ação passou a ser diferenciado do direito material.

25 *Cfr*: Moacir Amaral Santos, Primeiras linhas cit., n. 110, pp. 156-157.

26 *Cfr*: Ada P. Grinover *et alii*, Teoria Geral cit., n. 151, pp. 250-251. No mesmo sentido Celso Neves, Estrutura cit., n. 44, p. 93, ao dispor: "Para Wach, o direito à tutela jurídica se impõe ao Estado pela proibição da justiça de mão própria que o obriga a conferir a quem tenha razão a proteção jurisdicional. É um direito que deriva, portanto, da obrigação do Estado de assegurar o direito, mediante sentença de acolhimento da demanda. Segundo essa teoria, por ser *concreto*, o direito de ação só pertence a quem disponha das chamadas *condições da ação*, referidas no direito material" – grifos no original. Sobre a teoria concreta, Susana Henriques da Costa faz interessante constatação, relacionada às condições da ação. Acentua que Wach três "condições" para a existência da ação: a) a existência do próprio direito, violado ou ameaçado; b) a identidade de titularidade com a relação de direito material; c) o interesse que o autor tem no bem que revela seu direito. A autora segue sua análise, agora, referindo-se a Chiovenda que difere as condições da ação dos chamados pressupostos processuais. Para ele, as condições da ação são as condições de uma decisão favorável ao autor. Em razão disso, Susana conclui: "A existência das condições da ação deve, segundo esse entendimento, ser verificada no momento da sentença (são questões de mérito e se regulam pela lei substancial); a presença dos pressupostos processuais, entretanto, deve ser investigada desde a propositura da ação e de ofício pelo juiz. Por serem questão de mérito, a decisão sobre as condições da ação fazem coisa julgada material e o autor somente poderá agir novamente se provar que a vontade da lei, que devido à ausência das condições da ação, não existia, surgiu baseada em fato novo.", *in* Condições da ação, pp. 26-27.

27 *Cfr*: Processo Civil de Declaração, n. 21, p. 130.

28 Op. cit., n.22, pp. 131-132. Ele é apontado como seguidor da teoria de Wach, conforme Ada P. Grinover *et alli*, Teoria Geral cit., n. 151, p. 251, em que se vê: "Em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito – um direito de poder, sem obrigação correlata – que pertence a quem tem razão contra quem não a tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser o direito á obtenção de uma sentença favorável".

seguiu a doutrina tradicional até 1903. No entanto, em 3 de fevereiro de 1903 proferiu em Bolonha a lição *L'Azione nel sistema dei diritto*, e partir de então sustentou até sua morte, em 1937, a teoria da ação como direito potestativo, e teve inúmeros seguidores, entre os quais Calamandrei, Redenti, e, entre nós, Celso Agrícola Barbi.

Chiovenda defendeu ação como direito potestativo, que se dirige não contra o Estado, como pregava Wach, mas em face do adversário. Dizia que a ação, um direito por si mesmo, consistente em um puro poder jurídico: "La acción es um poder *frente* al adversário, más que *contra* el adversário (...) La acción es un poder, frente al cual el adversário no está obligado a cosa alguna; ya que si la acción tutela un derecho subjetivo, la obligación de satisfacer el derecho subjetivo tutelado forma, como antes, el contenido de este; mientras que también, como veremos. A la acción no corresponde ningún deber procesal del adversario: sino pura y simplemente su sujeción a los efectos jurídicos, como se ha afirmado desde el principio, derivan de la verificación de la condición para la actuación de la ley, son la actuación."[29]

Ao sustentar que a ação é um direito potestativo, ele o qualifica como direito potestativo por excelência, e concluiu:

> *"Apenas es necesario recordar que esta conformidad del estado de hecho com la voluntad de la ley se obtiene mediante la obligación del juez de actuarla: de ahí que quien quiera concebir la acción como derecho de producir esta obligación, no hará outra cosa que poner más em claro la afinida de la acción com los derechos potestativos."*[30]

Em outra oportunidade, Chiovenda reafirmou seu pensamento, e disse que a vontade concreta da lei que garante a consecução de um bem se realiza mediante a prestação do devedor, e corresponde a um direito subjetivo de prestação (obrigação), ou, na falta, com outros meios possíveis no processo do tempo e do lugar, correspondente a um direito subjetivo de ação, potestativo[31].

Por fim, a teoria da ação como direito abstrato foi engendrada por Degenkolb, na Alemanha, em 1877, e, portanto, antes mesmo daquela lançada por Chiovenda. Curiosamente, quase ao mesmo tempo, na Hungria, Plósz apresentava tese idêntica. Segundo essa concepção, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material. Ou como disseram Ada Pelligrini Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco: "não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material" [32].

Merece destaque a construção feita por Alfredo Rocco, um dos defensores da teoria abstrata, que, no entanto, fez argumentação própria. A tutela pelo Estado dos interesses ameaçados e violados seria um interesse secundário. Assim, o interesse primário é aquele tutelado pelo direito, enquanto o interesse à

29 *Cfr*: La acción em el Sistema de los Derechos, *in* Ensayos de Derecho Procesal Civil, n. 8, p. 18.

30 *Cfr*: La acción cit., n. 12, p. 30.

31 *Cfr*: Instituições de direito processual civil, n. 7, p. 27. Antes, na mesma obra, já havia sustentado ser a ação um poder, quando disse: "A ação é, portanto, o *poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei.* Definição que, bem examinada, coincide com o das fontes: *nihil aliud este actio quam ius persequendi iudicio quod debetur* (Ist. IV, 6, pr); onde é evidentíssima a contraposição do direito ao que nos é devido, ao direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio perquendi*). A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz um efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública", idem, n. 6, p. *24.*

32 Teoria geral cit., n. 152, p. 252. Moacir Amaral Santos anota sobre a referida teoria: "Donde tratar-se de um direito público subjetivo, preexistente ao processo, desvinculado do direito material invocado. Esta última circunstância, que lhe é característica, qual a ser o direito de ação independente da efetiva existência do direito invocado, deu à teoria a denominação de teoria do direito abstrato de ação", *cfr*. Primeiras linhas cit., n. 112, p. 158. O autor ainda indica como defensores da mesma teoria Betti, Carnelutti; e ele mesmo se filia à corrente de pensamento, quando conclui: "É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.", op. cit., n. 117, p. 167.

proteção deste interesse, por parte do Estado, é o interesse secundário.[33] Susana Henriques da Costa[34] anotou que Rocco sustentava que o direito de ação independeria de qualquer pressuposto, e não havia, por conseguinte, por que se falar em condições para seu exercício.

Entre aqueles que sustentam a autonomia do direito de ação, outras, denominadas ecléticas, foram formuladas, entre as quais a de Pekelis, para quem a ação contém um direito subjetivo, o direito de fazer agir o Estado e não direito de agir.[35]

Liebman, no entanto, é quem merece ser destacado pela influência que sua teoria teve no sistema processual civil brasileiro, principalmente na aceitação das condições por ele previstas, e consagradas como regra no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Por isso, conveniente reproduzir seu pensamento, expressado em seu Manual de Direito Processual Civil, que representada uma condensação do que está na sua famosa alocução *L'Azione nella teoria del processo civile*, no seguinte trecho:

> *"O direito de ação adquire, com isso, uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo, diferente daqueles do direito substancial, porque dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste. É, antes disso, um direito de iniciativa e de impulso, direito do particular de por em movimento o exercício de uma função pública, através da qual espera obter a tutela de suas pretensões, dispondo, para tanto, dos meios previstos pela lei para defendê-las (embora sabendo que o resultado poderá ser-lhe desfavorável); é, pois, um direito fundamental do particular, a qualificar a sua posição no ordenamento jurídico e perante o Estado, conferido e regulado pela lei processual, mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos esculpidos os seus traços essenciais. A ação tem a sua disciplina, por isso, no direito em vigor no momento em que é proposta (cfr. supra, n. 19, in fine), mesmo que a relação substancial a que se refere seja regulada por lei anterior; analogamente, a admissibilidade da ação, bem as suas condições de exercício, são reguladas pela lex fori, qualquer que seja a lei reguladora da situação substancial deduzida em juízo."*[36]

E, sobre a postura eclética da teoria de Liebman, Dinamarco, em nota à tradução brasileira do Manual, ressalta:

> *"O que afasta nosso Mestre dos abstratistas mais extremados é a distinção, que ele faz, entre a ação como garantia constitucional (esta sim, incondicionada) e a ação como instituto disciplinado em nível de direito processual civil; a primeira assegura o respeito da lei ordinária ao instituto da ação, que por sua vez constitui 'una specificazione uma determinazione, un particolare grado di condesazione' da garantia constitucional. São as condições da ação que realizam essa especificação, revelando-se no plano concreto de 'una fattispecie determinata ed esattamente individuata'".* [37]

Essa é a tradicional concepção da ação como um direito público condicionado ao provimento do mérito, seja este favorável ou desfavorável. Frise-se que entre as condições originariamente previstas por

33 *Cfr.* Ada P. Grinover *et alii*, Teoria cit., n. 152, p. 252. Hélio Tornaghi também destaca a teoria de Alfredo Rocco, ao reproduzir seu pensamento: "Pode, pois, dizer-se que todo titular de direitos tem um único interesse, abstrato e secundário, de conseguir a intervenção do Estado para a realização de seus interesses tutelados pelo Direito. Tal interesse abstrato e secundário constitui, por sua vez, verdadeiro direito subjetivo: realmente, toda uma categoria de normas, as de Direito Processual, é destinada a protegê-lo.", Instituições cit., p. 281.

34 *In* Condições cit., p. 29.

35 *Cfr.* Ada P. Grinover *et aliii, Teoria cit., n. 153, p. 252.*

36 *Cfr.* Manual de direito processual civil, n. 73, p. 152.

37 Nota do tradutor n. 103 ao Manual de direito processual civil cit., p. 153. Sobre a adoção da teoria de Liebman pelo Código de Processo Civil brasileiro, v. Egas Moniz de Aragão, Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação, Repro 108, p. 09.

Liebman, e mantidas pelo Código de Processo Civil de 1973 (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir), ele as reduziu a duas, excluindo a possibilidade jurídica[38].

Feita essa breve revisão da evolução histórica do conceito de ação, com alusão às principais teorias, passa-se ao exame da denominada ação de direito material, fazendo o confronto entre as opiniões dos seus defensores e dos seus opositores.

2.2 A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A teoria da ação de direito material tem como seu defensor, no direito brasileiro, Pontes de Miranda. A partir da concepção do jurista alagoano, outros processualistas passaram a sustentar, em épocas mais recentes, a existência da ação de direito material. Entre esses, destaca-se, sem dúvida alguma, Ovídio Baptista da Silva, não só pela sua importância para o direito processual civil, como também pela sua vasta cultura jurídica e humanista, e pelos robustos argumentos com os quais defende a tese.

O exame da teoria passará pelos argumentos favoráveis à existência do direito material, e, depois, pelos arrazoados contrários, entre os quais se realça Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pela qualidade como cientista jurídico, pertencente à linhagem do moderno processo civil, aliada a sua irrefutável sabedoria jurídica e a sua notável capacidade de argumentação.

Pontes de Miranda tratou do tema em suas três obras referenciais: Tratado das Ações, Tratado de Direito Privado e Comentários ao Código de Processo Civil. Ainda que não seja muito fácil entender em todas as nuanças o pensamento de Pontes, é possível tirar uma conclusão mínima do que ele entendeu por ação de direito material. Para tanto, entretanto, é conveniente reproduzir as suas próprias manifestações, lançadas em diversos momentos dos seus trabalhos científicos, acima referidos.

No Tratado de Direito Privado, ele cuida do assunto na parte geral, mas precisamente no volume 5. Primeiramente, aludiu à pretensão, cujo conceito é importante para fixação da sua tese. Sobre isso, principia por asseverar que pretensão é posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. O correlato da pretensão é um dever "premível", sempre obrigação (no sentido largo). Ao "posso" do titular corresponde o "ser obrigado" do destinatário. Falando sobre os direitos subjetivos, obrigações e pretensões, diz que: "Rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis. Serve-se à boa terminologia, dizendo-se: direito, dever; pretensão, obrigação; autor, réu: excipiente, excetuado"[39].

Em seguida, ao precisar o conceito de pretensão, fala que é a tensão para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O pré – está, aí, por "diante de si". O direito é dentro de si mesmo, tem extensão e intensidade. Na pretensão, para Pontes, o direito tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico. Embora concorde com a conceituação dada por Windscheid, faz uma crítica ao § 194 do Código Civil alemão, que definiu a pretensão como "o direito de exigir de outro fazer ou não fazer", porque confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa. E remata: "Certamente, a pretensão dirige-se a pessoa determinada, a sujeito único ou total, que é sujeito passivo da relação jurídica; mas, se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com ele. Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo mais" [40].

38 *Cfr.* Manual cit., n. 74, as condições da ação, e nota 106 de Cândido Rangel Dinamarco. Por isso que a doutrina atual não mais consagra a possibilidade jurídica como condição da ação e sim como mérito (ver nesse sentido BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Efetividade do processo e técnica processual, nn. 11-14, pp. 265-280. E até mesmo o projeto do novo CPC não mais a inclui entre as condições da ação, mantendo, entretanto, as demais (emenda nº 1 ao Projeto 166/2010, art. 472, IV).

39 Tratado de direito privado, § 615, p. 451.

40 Idem, p. 452. Depois, referindo-se ao conteúdo da pretensão, diz que ela "nasce, ainda que nasça sem a exigibilidade de pessoa a pessoa. Mas, se há ação e o titular do direito é o mesmo da ação, aí, é o que resta da pretensão", § 617, n. 1, p. 457.

Ao abordar sobre como as pretensões são exigidas, refere:

> *"As pretensões contêm exigibilidade, de pessoa a pessoa, ou pelo ato administrativo, ou pela "ação". Se ainda é exigível a prestação, ou a satisfação do direito, sem já ser ação, ainda há pretensão; não se pode exigir a satisfação, ou a prestação, mas há ação, há pretensão: porque, sem bem que possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão, e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão. Há direitos sem pretensão porque há direitos que não podem ser exigidos. Há direito só sem ação porque há direitos que somente podem ser exigidos fora da ação. Há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a pretensão deles e, pois, eles-mesmos, em sua eficácia, foram canalizados."* [41]

Num momento seguinte, Pontes passa a examinar a pretensão em conjunto com a ação (de direito material), reportando-se a pretensão que contém ação e a pretensão sem ação. E aqui, mais uma vez, é adequado reproduzir sem pensamento de forma literal, para possibilitar a apreensão da sua teoria. Escreve:

> *"De ordinário, a pretensão contém a ação, que é a exigência + atividade para satisfação. A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatòriamente, condeno e executo. Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite. A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandato (sic) e da execução; essas tornadas funções exclusivas do Estado, são objeto da prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima. Por isso mesmo, os juristas que confundiram e ainda confundem a actio e a pretensão à tutela jurídica (que é sempre de direito público), não só desatendem aos antecedentes históricos, como à sistemática do direito. A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da res in iudicium deducta. A ação não é "direito à proteção judicial. (...) A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (ex –igere), que é premir para que outrem aja, leva consigo o agere do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir é exação; exigir é 'premir' a exação."* [42]

Pontes de Miranda faz, ademais, questão de evidenciar sua distinção entre os fenômenos ação em direito material e "ação" em direito processual, com essa emblemática afirmação: "A ação exerce-se, principalmente, por meio de "ação" (remédio jurídico processual)".[43] Com isso quer dizer que ação de direito material é exercida mediante a pretensão à tutela jurídica criada pelo Estado. Porém, esclarece que a ação exerce-se por outros modos, pois nem sempre é preciso agir contra o Estado (ir-se contra, diz ele). Por isso, conclui: "A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica".[44]

41 Idem, ibidem, p. 458. Aqui Pontes usa ação entre aspas, referindo-se, por certo, ao que ele chama de ação processual, e ação sem aspas, a indicar, acredita-se, a ação de direito material. Porém, como se vê, ante a ausência de indicações mais precisas, seu texto gera perplexidade, porque, por exemplo, não se sabe a que direitos se refere quando diz que há os que só podem ser exigidos pela ação, nos quais a pretensão seria intrínseca a eles mesmos.

42 Idem, pp. 460-461. No Tratado das ações, ele havia feito distinção entre pretensão, ação e remédio jurídico processual: "Além dos três fatos típicos, direito subjetivo, ação, remédio jurídico processual, os juristas alemães, B. Windscheid à frente, falaram do *Anspruch*, da pretensão, nome a que não conseguiram, a princípio, dar significado preciso. Desde faculdade derivada do direito, segundo Josef Kohler, ou emanação, desenvolvimento ou manifestação do direito subjetivo, conforme Carl Crome e H. Ostermann, até o fato autônomo entre o direito subjetivo (Willensmacht) e ação (*actio, klage*), de acordo com B. Windscheid. A pretensão ou *Anspruch* seria a razão jurídica de atuar, em contraposição à razão judiciária. Estaria para o direito como a *actio* para a fórmula (Georg Jellinek). (...) Ser *atual e concreta* caracteriza a pretensão jurídica. Georg Jellinek tornou-a concreta, pelo menos mais concreta que o direito subjetivo. Depois foi descoberto que só faltara o nome aos antigos juristas e que a pretensão é fato do mundo, e não só conceito", cfr. Tratado das Ações, tomo I, § 19, n. 1, p. 89.

43 Tratado das ações,Tomo I, § 23, n. 2, p. 110. Idêntica afirmação é reproduzida no Tratado de Direito Privado cit., § 622, n. 2, p. 476.

44 Idem, p. 111.

Num passo seguinte, ao fazer suas "precisações" sobre o conceito de ação, no sentido material, afirma que não há nenhuma necessidade de alusão ao juízo em que se deduza esta ação. A ação, para ele, existe durante todo o tempo que medeia entre nascer e precluir ou, por outro modo, se extinguir. E anota: "A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela"[45] que, inclusive, podem ser propostas em juízo ações que não existem, e assim devem ser declaradas pelo Estado-juiz. Com isso, Pontes de Miranda quer deixar clara a separação dos planos material e processual. A ação de direito material pertence ao direito material, quando existente. O ajuizamento da ação processual poderá resultar numa sentença de improcedência, de cunho declaratório da inexistência da ação de direito material. Ele não esclarece em que situações isso poderia ocorrer, pressupondo que seria a rejeição pelo mérito, como hoje se faz.

Antes ele havia feito afirmação bastante interessante, ao se reportar às ações populares, como ações sem direito subjetivo. Disse isso quando tratava de pôr em evidência que o direito subjetivo e a pretensão não se confundem com a ação (de direito material), que seria um *plus*[46].

Numa outra passagem esclarecedora, Pontes de Miranda distingue ação de direito de ação, quando cuida da tutela jurídica. Aqui, de novo, é importante a reprodução literal do seu pensamento:

> *"A ação é inflamação do direito ou da pretensão. 'Direito de ação', no sentido privatístico, é expressão que se deve evitar: há ação, se há direito, ainda que de outrem; direito de ação é confusão entre ação e a ligação dela ao direito. A confusão vai mais longe, porque, no direito público se fala de direito de ação (Klagrecht) como de direito subjetivo à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a 'ação'. Ora, deduzindo-se in iudicium, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não há direito à pretensão, nem direito à ação. Direito de ação seria o direito de 'ação', direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a 'ação'. Ora, se não se tem, rente à vida jurídica, os olhos, se não se chega a noções claras, tudo se confunde e baralha, com prejuízo para ciência e para a justiça. O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício dessa pelas 'ações', é direito, no mais rigoroso e preciso sentido; o Estado não é livre de prestar, ou não, a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si a tutela jurídica, a justiça. (...) O Estado tem o dever correspondente a esse direito, que é direito subjetivo e dotado de pretensão, um de cujos elementos e a 'ação', o remédio jurídico.*[47]

Vê-se, por conseguinte, o quanto o autor insiste em não considerar ação como um direito, em separar o direito, da pretensão e da ação de direito material. Para ele, direito de ação, seria o direito à tutela jurisdicional, ao remédio jurídico, tal qual como concebemos o direito de ação, constitucional e abstrato.

E, como fecho do pensamento de Pontes de Miranda, oportuno reproduzir a sua sustentação da equiparação da *actio* romana com a ação de direito material. Ele o fez como introdução aos seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, com a intenção de fixar conceitos que seriam utilizados no texto. Eis sua preleção:

> *"No processo, como em tudo mais, nós somos o resultado dos vinte e cinco séculos ocidentais. Nem podemos ser outra coisa; nem nos podemos furtar ao curso da História. Bastaria que conseguíssemos ver, com uma lente, os diferentes conceitos de ação, para que a nossa heterogeneidade histórica ressaltasse. Na falta de tal lente, usamos de pesquisas dos conceitos, e observamos, com claridade, o que tal palavra contém. Contém, por exemplo, o significado de ação (atuação) contra a outra pessoa, quer diretamente,*

45 Idem, § 24, n. 1, p. 114.

46 Idem, § 19, n. 3, pp. 93-94. Essa afirmação, de certo modo, afasta as críticas que lhe são dirigidas com base nas ações coletivas e nas declaratórias de inconstitucionalidade. Nessas, para seus críticos, não haveria direito subjetivo e pretensão e, portanto, ação de direito material. Pontes de Miranda, porém, não explica como se daria isso e que tipo de direito fundamentaria a ação processual nessas hipóteses.

47 Tratado de direito privado cit., § 623, n. 4, pp. 482-483.

> *quer através de outros particulares, quer do Estado, mas, em verdade, contra o obrigado; e o de ajuizamento de pedido, mais restrito. Quando cobro, amigavelmente, ou dou ao banco para cobrar, ou digo que tenho, ou vou ter ação contra alguém, essa ação é a actio romana, que ainda está em nós e existirá em nós enquanto o direito, a cuja concepção ela corresponde, existir. Note-se que não surge sempre outra relação jurídica. Surgem, às vezes, situações jurídicas, não relações jurídicas novas. A relação jurídica, de direito material ou processual, que acaso sobrevenha, tem outra causa, que se há de estudar. Extrai-se assim o enunciado B-1: A actio romana continua de existir independente da 'ação' no sentido de invocação do juiz, 'plus' que se junta à 'actio' quando se chama o obrigado a juízo."* [48]

E é a partir dessa conclusão que os defensores da teoria de Pontes de Miranda sustentam a existência da ação de direito material, como sendo a mesma *actio* romana, como se verá a seguir.

Ovidio B. da Silva[49] defende a existência da ação de direito material, reforçando o pensamento de Pontes de Miranda. Começa por analisar o conceito de direito subjetivo como a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o titular exterioriza sua vontade para atingir os fins por ela escolhidos. Seria, desse modo, um poder da vontade. Define pretensão como o poder de exigir a prestação ou a satisfação do direito subjetivo. O direito subjetivo, que se mantinha em estado de latência, adquire dinamismo, e adquire uma nova potência a que dá o nome de pretensão. Para o autor, tanto o direito subjetivo, quanto a pretensão são conceitos de direito material. A pretensão tem como conteúdo o exigir, que não prescinde do agir voluntário do obrigado, enquanto a ação de direito material "é o agir do titular do direito para a realização, independente da vontade daquele".[50] Refere que se o titular do direito exige o cumprimento da obrigação, haverá exercício de pretensão, praticada extrajudicialmente, normalmente. Se, mesmo ante tal exigência, o obrigado, premido, resiste, nasce para o titular do direito subjetivo a ação de direito material, que é o agir para a realização do próprio direito[51].

Por isso, ele conceitua a ação de direito material como "exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado".[52]Todavia, acrescenta:

> *"A ação, quer dizer, o novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão, corresponde à faculdade que a ordem jurídica confere ao titular do direito de agir para a realização do próprio direito. Certamente esse agir para realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular sem que lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da 'ação', processual, sob invocação de tutela jurídica estatal. Isso decorre da circunstância do monopólio da jurisdição pelo Estado, fenômeno esse de que deriva o surgimento de uma nova pretensão ao titular do direito subjetivo, agora dirigida contra o próprio Estado, para que este, verificando antes a existência do direito invocado, aja em lugar de seu titular, realizando-o."* [53]

Ovídio da Silva pergunta, em tom de afirmação, se o agir do Estado, em havendo reconhecimento do direito subjetivo e procedência da demanda, não seria idêntico aquele agir que o particular praticaria, não lhe fosse proibida a ação de direito material. Ele responde que sim, é a mesma ação. E, por isso, não teria havido supressão desta ação e sim duplicação das ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado para que este, por meio do juiz, pratique a ação cuja realização privada, pelo próprio titular, o próprio Estado proibiu.

48 Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, p. XXIV.

49 *Cfr.* Direito Subjetivo, pretensão de direito material e ação, *in* Polêmica sobre a ação, pp. 15-39.

50 Op. cit., p. 19.

51 Loc. cit., em que, um pouco antes, havia, com base em Pontes de Miranda, dito que o agir exerce-se normalmente através da "ação" processual, mas, em casos excepcionais, pode haver exercício de ação de direito material sem que o agente provoque a jurisdição estatal, como é o caso da legítima defesa da posse, prevista no art. 502 do C.C./1916.

52 Idem, p. 20.

53 Loc. cit.

Depois de pronunciar que o artigo 75 do Código Civil de 1916, ao dizer que a todo direito (pretensão para Ovídio), fixou proposição correta, trata de desfazer o equívoco doutrinário a respeito da teoria civilista da ação, tão criticada por não conseguir explicar a improcedência e a ação declaratória negativa, ao asseverar:

> *A doutrina clássica da ação, conhecida por "teoria civilista", apenas transportava para o plano processual a ação de direito material, confundindo a actio romana – que mais significava pretensão de direito material (Windscheid) – com a "ação" processual. A actio romana – diz Hans Kreller (História Del Derecho Romano, 1948, p. 86) – é o poder de "perseguir" uma prestação devida num litígio, "como caçador persegue a presa". Certamente tal espécie de ação pertence ao titular do direito e não se pode confundir com a outra "ação", que é a expressão jurisdicional de um outro direito, assegurado mesmo aos que não tenham razão.*[54]

Ovídio B. da Silva, para sustentar o acerto da tese, chega até a se valer de Liebman que, para ele, para quem investiga toda sua obra, nunca escondeu o entendimento de que a ação seja, como ele diz, "a arma com que conta o direito subjetivo privado" para sua defesa. E, nesse contexto, portanto, "a ação continua a ser aquela a que se refere o art. 75 do C.C./1916, ou o 'direito reagindo contra a agressão' de que tratava a 'teoria civilista'" [55].

Fábio Cardoso Machado, defensor da ação de direito material, rebateu as críticas feitas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao afirmar que, na verdade, ele acabou por reforçar sua existência, ao dizer, citando Liebman, que o processo é instrumento de realização do direito material, mas tal finalidade é alcançada por meio de agir do Estado. Isso porque, se a satisfação do direito material se dá por meio do agir do Estado, não há divergência entre essa conclusão e aquela feita por Pontes de Miranda. É que este sustentaria exatamente isso, a existência de uma ação, para realização de um direito, que se exerce pelo Estado em substituição ao agir do particular. E última, que a divergência esteja apenas em Pontes de Miranda atribuir a esta ação o nome de ação de direito material, e em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refutar essa designação. Se for assim, Pontes de Miranda tem razão ao identificar a existência desta ação. No máximo, poder-se-ia discutir o *nomen iuris*.[56]

Ou seja, para Fábio Machado o agir que se pede ao Estado-juiz é o mesmo agir que se vislumbra na ação de direito material, vedado pelo ordenamento jurídico. A ação que o Estado fará ao final, caso acolhido o pedido, será a mesma ação que o titular do direito material faria, caso lhe fosse permitido agir.[57]

---

54 Idem, p. 29. Fábio Cardoso Machado é bem mais incisivo, ao atribuir a Muther a apropriação indevida do termo *actio*, ao afirmar: "Foi Muther, portanto, quem realizou a apropriação processual do termo que antes designava uma categoria de direito material. No trabalho dedicado a refutar a tese central de Windscheid, Muther desenvolveu a idéia de que o cidadão a quem se prometia um *iudicium*, em dadas condições, tinha pretensão a que se nomeasse um *iudex* e se lhe conferisse uma fórmula. Ter *actio* significaria, assim, ter pretensão à concessão de uma fórmula. Mais precisamente, pretensão de quem foi lesado em seu direito, a concessão de assistência estatal. A partir dessa premissa, a próxima conclusão seria inevitável: Muther conceituou a *actio* como um direito de natureza pública, que não pertenceria ao campo do direito privado apesar de existir junto ao direito subjetivo para o fim de tutelá-lo. O rompimento com a concepção tradicional é visível se o observador tiver presente que a *actio* fora sempre dirigida ao sujeito passivo da relação jurídica material. Pugliese considerou até bastante duvidoso que o romano ostentasse frente à *civitas* um direito aos atos de tutela, pois no ordenamento romano a posição do privado não parecia ser jamais a do titular de um direito subjetivo público. E é mesmo intuitivo que um direito de tal ordem só pudesse ser concebido a partir de pressupostos modernos, como os da separação entre Estado e sociedade, da sujeição estatal às leis do parlamento *etc*. Muther, ao conceituar a *actio* como direito do cidadão à tutela do Estado, em verdade foi o grande responsável pelo gravíssimo equívoco mencionado anteriormente. O feroz opositor da teoria de Windscheid não se limitou a atribuir novo conceito à antiga *actio*: ele simplesmente apropriou-se no nome conferido a um fenômeno de direito privado para designar outro pertencente ao direito público. Mas acreditou piamente tratar do mesmo fenômeno, que até então teria sido malconceituado", *cfr*. "Ação" e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material, *in* Polêmicas cit., pp. 142-143. Ovídio B. da Silva reafirma a apropriação em artigo em resposta às críticas à ação de direito material, feitas por Carlos A. A. Oliveira, *cfr.* Direito material e processo, *in* Polêmicas cit., p.71.

55 Op. cit, p. 37. Ele volta a afirmar a correspondência entre a teoria civilista e ação de direito material no artigo Direito Material e processo cit., p. 70, ao referir: "O que se indica como teoria 'civilista' da ação, corresponde, portanto, à 'ação de direito material', ação de quem tem direito! A chamada 'teoria civilista', ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da 'ação' processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material!".

56 Op.cit., p. 155.

57 Anote-se sua assertiva: "Donde se renova nossa convicção de que a doutrina em análise não foi compreendida. Pontes de Miranda é claríssimo ao distinguir pretensão, que é poder exigir, exercício de pretensão, que é exigir de fato, e ação material, consistente naquele agir para satisfação, independente do comportamento voluntário do sujeito passivo. O processo é necessário justamente porque a exigibilidade e o exercício da exigência não convencem o sujeito passivo, uma vez ou outra, a satisfazer o direito do titular. No momento do processo já não se trata, portanto, de pedir algo ao demandado, esperando que este conceda algo. Trata-se de agir contra ele. Agir para satisfação. Isto se fará, é claro, apenas quando o autor tiver razão. É a este agir que Pontes de Miranda designa ação de direito material", op. cit., p. 157.

Daniel Mitidiero também se envolve na discussão para defender a tese de Pontes de Miranda. Entre os muitos aspectos em que rebate as críticas feitas à existência do direito material, merece destaque aquele em que refuta o argumento de que não haveria, no plano de direito material, pretensão à declaração, à submissão de alguém à vontade de outrem, à condenação. Após exemplificar com hipóteses acadêmicas que se enquadram em cada uma das pretensões inexistentes no plano de direito material, segundo os críticos da teoria, ele responde que tais ações (declaratória, constitutiva e condenatória) são "essencialmente normativas, só podendo ser pensadas e compreendidas nessa sede. O agir para satisfação, nesses casos, pressupõe uma ação normativa".[58]

Por fim, embora existam outros defensores da existência da ação de direito material, a manifestação de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira enverada por um caminho bem interessante. Procura pôor em destaque as regras de direito material fixadoras da ação de direito material. Ora, nada mais correto do que demonstrar na lei a sustentação da tese, porquanto todos que a defendem afirmam ser ação pertencente ao direito material.

Logo de início menciona o próprio art. 75 do Código Civil de 1916, e afiança o acerto da regra, e que os que o repudiam o fazem por não aceitar a ação de direito material, e por equivocadamente suporem que estava a condicionar o direito de ação (processual) à prévia existência do direito material. E atesta: "Todavia, a ação referida naquele dispositivo era a ação de direito material. Houve, na verdade, acerto do legislador de 1916, que tratou a ação no seu devido lugar, isto é, no âmbito do direito material"[59].

Na sequência, arrola dispositivos do direito material que, na sua opinião, se referem à ação de direito material. Cita o art. 195 do Código Civil que prevê: "Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente (...)"; o artigo 80 do Código Civil: "Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;"; e a Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, no art. 70, estabelece: "Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento.".

Finaliza sua defesa da teoria, ao sustentar a teoria civilista do direito de ação, tal qual o fazem todos os seus defensores, ao expor:

> *Na verdade, a generalidade dos processualistas, ao descrever a evolução histórica do "direito de ação", passou a reputar superada e "substituída" a velha ação da concepção civilística, que equivale hoje, com reparos e ajustes, ao conceito de ação de direito material, pelo direito de pedir ao Estado a tutela jurídica, correspondente ao denominado direito abstrato de ação. Pertinente a esse respeito a observação de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA22: os processualistas procuraram monopolizar a categoria jurídica conhecida como ação, "como se aquela figura que fora de direito material tivesse simplesmente emigrado para o processo, deixando um vazio no lugar por ela antes ocupado."* [60]

58 *Cfr*. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – "ação" processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral, *in* Polêmica cit., pp. 133-134. Mitidiero não explica, porém, o que entende por normativas. Isso mais se acentua difícil de compreender quando, em seguida, valendo-se de Andreas Von Tuhr, que há havia defendido a inexistência de declaração e constituição fora do proceso, e da resposta de Ovídio B. da Silva, para quem o fato das pretensões declaratória e constitutiva precisarem do processo para se realizaram, não é suficiente para dizer não existam fora do processo. Pois, essas pretensões tanto existiam fora do processo que necessitaram dele para se realizarem.

59 *Cfr*. Breves notas sobre o conceito de ação de direito material, *in http://www.diritto.it/pdf/26300.pdf.*

60 Op. cit., ao final.

Há, por certo, outros defensores da ação de direito material, entre os quais merecem destaque Araken de Assis[61] e James Goldschmidt[62], mas suas alusões são rápidas e fora de um contexto de sustentação de ponto de vista, e por isso não foram aqui destacadas. Contudo, o panorama doutrinário acima referido representa adequadamente o pensamento daqueles que apóiam a existência da ação de direito material. Assim, passa-se ao exame das argumentações contrárias à tese.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é, como já anotado, quem apresentou os argumentos mais contundentes a partir dos quais a polêmica foi instalada. Em "O problema da eficácia da sentença", após analisar o problema da eficácia da sentença e afastar um aspecto puramente processual, porquanto todo o processo está impregnado do direito material[63]e o próprio pedido imediato, que contém a tutela jurisdicional pretendida, e a afirmada lesão pelo autor são mostras insofismáveis da vinculação do processo ao direito material, enfrenta a tese da ação de direito material, que para ele não resolve a questão.

De início rebate a afirmação de Pontes de Miranda, para a hipótese de improcedência, em que a sentença reconheceria a inexistência da ação de direito material, porque "não se pode exercer o que não se tem, é o óbvio".[64] Segue rebatendo Ovídio da Silva, ante a verificação de que em alguns casos a ação de direito material, mesmo concedida em juízo, depende da participação ativa do obrigado, e apresenta argumento muito forte no que concerne à duplicidade de ações, de direito material e processual. Diz ele:

> *"Por outro lado, não se constata a pretendida duplicação de ações em certas demandas constitutivas, positivas ou negativas, despidas de pretensão material, a exemplo da demanda de divórcio, de anulação de casamento e de interdição. Da mesma forma, impensável a duplicação de ações no que concerne à pretensão declaratória, pois o titular do direito não pode agir por si mesmo para a realização – com ou sem vontade do obrigado: a declaração do próprio interessado de seu próprio direito seria um flatus vocis, tornando-se indispensável a certificação que exsurge da autoridade estatal, com o exercício da jurisdição e o acolhimento da demanda."*[65]

Evidencia ainda que o juiz não pode agir materialmente (exercer a ação de direito material) de modo paralelo à ação processual, porque pratica atos inerentes ao seu ofício, mediante o exercício de poderes que lhe são conferidos por regras de direito público, diversas das regras de direito privado. O juiz só pode agir no mundo sensível depois da decisão, mas aí já seria resultado da tutela jurisdicional, da eficácia do ato decisório.[66]

---

61 *Cfr*. Cumulação de ações, p. 66: "De ordinário, o direito contém, em sequência à pretensão, a atividade para a satisfação. Nasce a ação, em benefício do titular, ou tratando-se de pretensões que se satisfazem mediante atos positivos ou negativos, ocorre uma interrupção dessa conduta. Na ação, se despreza, por inteiro, o comportamento do sujeito passivo, porque o agir se realiza contra e *independentemente* da sua vontade. Se, ao contrário, alguém tão-só pretende – premindo ou não – almeja que o obrigado cumpra *voluntariamente* o dever que lhe impõe o direito invocado. A nota característica do conceito de ação – agir que independe da aveniência do sujeito passivo – mostra porque os ordenamentos jurídicos admitem-na excepcionalmente".

62 *In* Direito processual civil, p. 131, em que faz alusão às duas ações: "A ação ou direito de obrar processual (com seu conteúdo de pretensão de sentença) é um direito público subjetivo dirigido contra o Estado para obter a tutela jurídica do mesmo mediante sentença favorável. Separamos, pois, hoje a ação processual que se dirige contra o Estado, da ação ou pretensão de direito privado, que se atua diante do indivíduo obrigado, enquanto em Direito romano a *actio* designava ambas as classes de ações".

63 Aqui se vale de Fazzalari quanto aos fatos alegados pelo autor, que não seria qualquer "episódio da vida", e sim, "fatos que, enquadrando-se no esquema de uma norma, geram determinadas conseqüências jurídicas, deduzindo assim fatos constitutivos da situação jurídica (substancial) preexistente, e antes de tudo, a situação fática concreta da qual deriva a posição de proeminência em relação ao bem, vale dizer o direito subjetivo (substancial). Trata-se, é claro, de direito afirmado, que logo passa a ser objeto da controvérsia e termina por se apresentar (na hipótese da sentença de acolhimento) como realidade declarada", *in* Polêmicas, cit., p. 46. A passagem de Fazzalari, da qual se vale o autor, é bem expressiva quanto aos fatos alegados e a vinculação do processo ao direito material, *verbis*: "Se è vero che l'attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi 'episodio della vita' bensi dei fatti che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche, non pare dubbio che egli deduce i fatti costitutivi della situazione giuridica (sostanziale) preesistente e, innanzitutto, la fattispecie concreta da cui sai derivata la posizione de preminenza rispetto al bene: il che Val dire il diritto soggetivo (sostanziale). In limine, il diritto soggetivo è dedotto in giudizio allo stato di asserzione (meglio si direbbe di 'pretesa' se il termine no fosse – como invece è – pregno di varii e contraddittori significati: vedremo come esso divenga, in seguito, oggeto dela controversia e come finisca col presentarsi (nella ipotesi de sentenza di accoglimento) quale realtá accertada", *in* Note in tema di diritto e processo, p. 122-123.

64 Op. cit., p. 47. Essa é uma das suas afirmações confrontada por Fábio Cardoso Machado, quando diz que Pontes de Miranda estava absolutamente certo com essa afirmação e foi rigorosamente coerente, porque sempre sustentou que havia duas ações, uma dependente do direito (ação de direito material), que se pode verificar ou não em juiz, e a ação abstrata, processual, e dirigida contra o Estado. Nesse caso não se teria exercido a ação de direito material, porque inexistente – in "Ação" e ações cit., pp. 150-151.

65 Op. cit., p. 48.

66 Acrescenta ainda: "Mesmo assim, esse agir do juiz não pode ser equiparado, pura e simplesmente, ao agir do particular, dada a natureza diferenciada da tutela jurisdicional e a forma substitutiva de que se reveste, destinada a reconstruir a realidade fora do processo, e não apenas a reproduzi-la", loc. cit.

Portanto, Carlos Alberto A. de Oliveira põe em destaque a diversidade entre a ação de direito material, que seria o agir do titular do direito lesado ou ameaçado, e a tutela jurisdicional que lhe é conferida pelo juiz. As técnicas de tutela jurisdicional, no pensamento do autor, são muito diversas do agir do titular do direito subjetivo.

Outro aspecto de relevo posto em evidência relaciona-se à circunstância de que o direito material, matéria-prima utilizada pelo juiz, mas sob ótica diversa. A tutela jurisdicional, refletida na sentença, já "não apresenta o direito material em estado puro, mas transformado, em outro nível qualitativo"[67]. O provimento jurisdicional tem o selo da autoridade estatal, proferido com as garantias do devido processo legal. E, para reforçar esse pensamento, aduz que declarar, condenar, constituir, executar ou mandar são verbos que não constam do direito material, que alude a indenizar, a resolver contrato *etc*.[68] Em outra oportunidade, além de reforçar as críticas anteriores, Carlos Alberto A. da Silva apresenta novos argumentos para refutar a ação de direito material. Uma das mais significativas, parte da análise de alguns dispositivos de direito civil para confrontar a ação de direito material com o resultado do processo. Por exemplo, a proteção prevista no art. 12 do Código Civil, que cuida do direito da personalidade, e prevê a possibilidade de inibir ato contrário praticado, no plano material, e que permite, no plano processual, tanto a tutela mandamental quanto a condenatória.[69]

A crítica mais contundente, entretanto, foi feita por Carlos Alberto A. da Silva, quando repudia o recuo dos defensores da ação de direito material, quanto à improcedência, ao assentar:

> *"Tampouco salva a ação de direito material um recuo posterior de seus defensores, para afastar essa óbvia ilação. Ela já seria ínsita ao próprio direito subjetivo nem faria parte da sua essencial, mas se reduzira a uma simples afirmação. Em primeiro lugar, ação não se afirma, ação se exerce, pois pressupõe sempre um agir em determinada direção, exercício de poder (ou do direito) de agir. Se ajo, não afirmo; se afirmo, fico no simples plano do verbo, do dizer, e não ajo. Tertium no datur. Mais grave ainda, tal inflexão de rumo termina por reduzir a ação de direito material a um mero slogan, uma simples idéia platônica, que não chega sequer a adquirir existência. Por um lado, a ação de direito material, com sua asserção, ficaria por assim dizer em estado letárgico, visto que o agir seria desenvolvido exclusivamente pela ação processual. Por outro lado, depois de decidido o litígio, ela também não recobraria vida, pois a eficácia da sentença decorre do comento emitido pelo órgão judicial, a recair na esfera substancial das partes, em virtude do império decorrente do exercício da jurisdição e da soberania do Estado. [...] De tal sorte, a afirmada ação de direito material, uma vez julgada a demanda, passa a se confundir com o resultado do processo, ou em outras palavras com a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado.*[70]
>
> *Outro crítico da existência da ação de direito material é Guilherme Rizzo Amaral, conforme argumentação apresentada no ensaio "A polêmica em torno da 'ação de direito material'"*[71]*. Após advertir sobre a dificuldade de fixar um conceito de ação, tanto que Pekelis encontrou cerca de trinta e cinco formulações sobre o tema, passa em revista ao conceito da actio romana e conclui que Pontes de Miranda sustentou a sobrevivência da actio romana, denominada ação de direito material, mesmo diante da ação processual e da*

67 Op.cit., p. 50.

68 Idem, pp. 50-51, e conclui: "Nesse contexto, a eficácia se apresenta apenas como uma forma da tutela jurisdicional, outorgada a quem tenha razão, seja o autor, seja o réu (sentença declaratória negativa)".

69 *Cfr*. Direito Material, processo e tutela jurisdicional, *in* Polêmicas cit., pp. 288-289, em que o autor ainda faz uma análise dos artigos 138, 186, 927, 1.228, e 1.238, todos do Código Civil, para demonstrar a diferença entre a proteção prevista no plano de direito material, e a tutela concedida no plano processual. Nesse diversos aspectos devem ser considerados, tais como o procedimento, os poderes das partes, os poderes/deveres do órgão judicial, a conformação e adequação do procedimento, as técnicas mais apropriadas e as formas de tutela jurisdicional. Por isso, finaliza: "Tudo somado, parece muito mais correto falar no direito a um processo adequado do que numa ação adequada", idem p. 291.

70 Idem, pp. 296-297

71 *Cfr*. Polêmica sobre a ação cit., pp. 111-127.

vedação da autotutela. Faz rápida análise das razões oferecidas pelos doutrinadores que sustentam a teoria, e pela sequência que desaguaria na ação de direito material, a começar pelo direito subjetivo e depois pela pretensão, como ato de exigir a observância do direito lesado ou ameaçado. Apresenta as críticas dirigidas à tese, notadamente aquelas ofertadas por Carlos Alberto A. de Oliveira, e aqui já referidas, em síntese, às quais faz coro.

Em sua conclusão, após dizer que procurou demonstrar a insubsistência das duas ideias de Pontes de Miranda, consistentes no exercício concomitante de ação de direito material e de ação processual, e na classificação das ações de direito material segundo sua carga de eficácia, Guilherme Rizzo consigna:

"A formulação de Pontes, defendida por Ovídio Baptista da Silva, não identifica corretamente o fenômeno de comunicação entre o direito material e o processo. Inexiste ação de direito material fora das hipóteses (raríssimas, aliás) previstas em lei. O que há, no máximo, são pretensões que, uma vez resistidas, geram o interesse na busca da tutela jurisdicional. E a busca da tutela jurisdicional estatal se dá com a ação processual, que ensejará o emprego, pelo juiz, de diferentes técnicas de tutela jurisdicional, de acordo com as necessidades e peculiaridades do direito subjetivo material tutelado e do caso concreto."[72]

Alguns outros doutrinadores também se manifestaram contra a ação de direito material, todavia as mais diretas foram as aqui reproduzidas e permitem balizar as principais objeções apresentadas, às quais aderem, com variações diversas.[73]

Entretanto, a última crítica aqui mencionada foi formulada sem a intenção de abordar a ação de direito material. Trata-se de observações feitas por Cândido Rangel Dinamarco, que foi colocado por Daniel Mitidiero no meio da polêmica. Na verdade, Mitidiero faz uma censura a Dinamarco, ao se referir à passagem das Instituições, na qual ele trata da pretensão de direito material, e, segundo Mitidiero, estava a ferir um dos alicerces da teoria dualista da ação.[74] A censura a Dinamarco parece indevida, porque em momento algum ele teria tratado diretamente do assunto, de modo específico. A Dinamarco não causou nenhuma preocupação existência da ação de direito material. Todavia, os estudos desenvolvidos por Dinamarco sobre direito de ação servem muito bem para rebater a ação de direito material.

Assim, por mais paradoxal que possa parecer, o fecho das reprovações à teoria da ação de direito material pode muito bem ser feito por Dinamarco, ainda que ele não tenha tratado diretamente do tema.

Dinamarco, quando cuidou das ações típicas[75], traçou um panorama histórico e atual do instituto. Disse que o jurista contemporâneo, por ser formado na cultura continental europeia, é rigorosamente treinado em um sistema de raciocínio dedutivo a partir dos preceitos abstratos e gerais dos direitos substanciais, nos quais busca a regra concreta para resolver os casos apresentados. E, por isso, sabe que os direitos existem e cumprem sua função social, sem necessariamente passarem pelo crivo do judiciário, e está preparado para ver os dois planos em que se coloca o ordenamento, de notar a distinção entre o plano do direito substancial e o do processo. Assim, diz Dinamarco, sabemos todos que o processo é uma eventualidade na vida dos direitos, e que estes não se confundem com o poder que as pessoas têm (ação) de postular e exigir o

72 Op. cit., p. 127. Antes dessa conclusão, Guilherme Rizzo já havia afirmado: "Em suma: a vedação à autotutela implica, sim, a extinção da ação de direito material, que sobrevive apenas e justamente quando aquele óbice desaparece, e é dado ao particular tutelar seu direito, nas raras hipóteses previstas em lei", loc. cit.

73 Ver Hermes Zaneti Júnior (A teoria circular dos planos – direito material e direito processual), *in* Polêmica cit., pp. 165-196. Hermes desenvolve interessante tese, e afirma que uma tendência de ampliação do direito de ação, para atingir todas as "posições jurídicas judiciálizáveis" e, por isso, afirma que o processo cria direitos, em razão dos princípios e cláusulas gerais, e da incerteza do direito material no processo; Luiz Guilherme Marinoni, embora tente de alguma forma ponderar os argumentos de Ovídio da Silva, culmina por não aceitar a existência do direito material, e, após tratar da tutela jurisdicional e das técnicas de tutela, culmina por defender a necessidade de construção de uma ação adequada à tutela do direito e do caso concreto; Gabriel Pintaúde não aceita o conceito de ação de direito material, como caminho de aproximação entre direito e processo, e filia-se ao formalismo-valorativo de Carlos Alberto de Oliveira, que permitiria equacionar os fundamentos do processo civil atual, a instrumentalidade e a efetividade.

74 Polêmica sobre a teoria dualista da ação cit., p. 130.

75 *Cfr.* Ações típicas, em Fundamentos do Processo Civil Moderno, XV, pp. 463-494.

pronunciamento estatal diante das crises jurídicas – de certeza, de adimplemento e das situações jurídicas[76]. Ação e direito substancial são conceitos distintos, e somos treinados para conhecer a função social de cada um deles, e, por isso, sabemos que a ação não se confunde com o direito, não participa da sua natureza e não depende de sua existência para que também se considere existente.

Dinamarco não perdoa o atual Código Civil, que veio à vigência já no terceiro milênio, pela insistência naquela superada visão plana do ordenamento jurídico, apesar de ser muita clara a distinção entre os direitos em sua constituição e extinção na vida ordinária das pessoas e a atuação dos juízes nas crises em torno da vida dos direitos e obrigações, ao manter regra semelhante ao art. 75 do Código de 1916, no atual artigo 189, segundo o qual "violado o direito, nasce para o titular a pretensão". Com isso, para Dinamarco, reafirmou-se algo solidamente repudiado e superado na ciência processual e na própria ciência jurídica como um todo, ao ver a ação como o resultado da lesão ao direito; o Código Civil atual "reafirmou com outras palavras que ação, agora com as vestes de *pretensão*, é o próprio direito subjetivo violado, o qual reage à violação armando-se para a guerra (conceito corrente entre os imanentistas franceses anteriores a Von Büllow)"[77].

Dinamarco acentua que hoje se sabe que ação é uma garantia constitucional e não nasce da lesão ao direito, podendo ter direito de ação também o titular de direitos não violados. Crítica também a visão imanentista que tende a adjetivar a ação com predicados do direito subjetivo, que hoje não lhe podem ser aplicados. O fundamento da ação não está no direito substancial, mas nas leis processuais e na Constituição, e tem como objeto o provimento jurisdicional, não o bem da vida que o demandante não obteve pelos próprios meios.

E, depois de criticar a postura do legislador civil, que descreve muitas situações e já adianta desde logo a ação predisposta a dar-lhes remédio, e a postura de manter a ação como polo metodológico, fala dos desvios que devem ser corrigidos em relação à ação, como se estivesse a responder aos doutrinadores que sustentam a existência da ação de direito material, mesmo sem ter esse propósito. Eis suas palavras:

> *"A preocupação do Código Civil brasileiro com a ação e essa postura latina consistente em dar a ela uma posição de primeiro e privilegiado destaque no sistema processual constituem nítida influência de nossas raízes romanas. O jurista brasileiro da atualidade sabe que a ação é instituto de direito processual, de significado político relevante e garantida constitucionalmente. Sabe que ela não se confunde com o direito substancial subjetivo nem se considera existente ou admissível somente quando o direito exista; a teoria da ação como direito abstrato ganhou definitivos foros de cidade em nossa cultura, máxime com a aceitação expressa que lhe deu o vigente estatuto do processo civil. As teorias imanentistas da ação já caíram, também definitivamente, no merecido descrédito. Tudo isso está incorporado à nossa cultura e formação, mas somos amiúdes traídos pela força da tradição civilista bissecular e surpreendemo-nos a raciocinar como se aceitássemos os velhos postulados imanentistas (a ação como o próprio direito violado, que vem a ser exercido em via judiciária) ou mesmo como se ao centro no nosso sistema jurídico no terceiro milênio estivessem as ações de não os direitos subjetivos substanciais."*[78]

Essa contundente assertiva de Dinamarco serve muito bem de limite final ao tratamento doutrinário, favorável e contrário, dado à ação de direito material e sua existência no sistema jurídico brasileiro.

---

76 *Cfr*. Instituições de Direito Processual Civil, v.1, n.58, pp. 152-153, ao abordar as crises jurídicas, sobre as quais refere: "Conquanto não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas, a locução *crise jurídica* é muito expressiva e representa a matéria-prima do lavor dos operadores do processo. *Crise é dificuldade*, é perigo, risco. *Crises jurídicas* são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizadas pela imposição do direito material".

77 *Cfr.* Ações típicas cit., p. 467, com a seguinte observação, que guarda pertinência com a ação de direito material,: "Essas disposições transportam-nos à velha fórmula *juz quod sibi debeatur in judicio persequendi*, com a qual os romanos definiam sua *actio*, sendo esta um conceito intrincadamente sincrético que fundia em si os conceitos de direito subjetivo e de direito de buscar sua própria satisfação por via judicial. Outra coisa não é a *pretensão* a que alude o art. 189 do Código Civil Brasileiro, tendo por modelo o conhecido § 194 do congênere alemão, e que é costumeiramente definida como a 'faculdade de impor a própria vontade em via judiciária'. Em que consistiria essa faculdade, no quadro da teoria abstrata da ação? Só a tem quem tiver razão? Seria um direito potestativo, como afirmava Chiovenda em sua teoria concretista? Ou, pior, seria uma inerência do próprio direito subjetivo violado, como art. 189 do Código Civil de 2002 afirma? Os que tentaram responder a essas indagações na doutrina brasileira não conseguiram esconder as marcas do profundo imanentismo sincrético de que se reveste o inútil conceito de *pretensão*.

78 Idem, pp. 475-476.

2.3 A AÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO[79]

Embora de forma muita rápida, convém fazer alusão à posição doutrinária de vanguarda sobre a ação. A intenção é a de concluir esse capítulo sobre a ação de direito material, não com críticas, mas mostrando como juristas atuais, e que têm focado suas concepções em aspectos que enalteçam a instrumentalidade do processo, e as interpenetrações entre direito e processo, pensam e concebem o direito de ação. O pensamento de Comoglio e de Dinamarco servirá de norte para essa breve conclusão. Comoglio[80], após fazer uma breve revisão do conceito histórico da ação, e de assinalar a crescente perda de importância do conceito para o processo civil moderno[81], culmina por estabelecer qual sua função atual. A ação deve ser alçada ao seu patamar constitucional, consagrada pelo o art. 24, segunda parte, da Constituição italiana, como verdadeira norma fundamental do direito de ação, de tal modo que sem ela a disciplina positiva do processo não conseguiria garantir um adequado suporte legitimante a qualquer concepção tradicional de ação. E, no contexto dos princípios constitucionais, o direito ao processo não se caracteriza por um objeto puramente formal e abstrato, mas acima de tudo um conteúdo modal qualificado, como direito ao justo processo. A ação em juízo remodela-se em harmonia com tal conteúdo qualificado, tendo em conta o fato de que a norma constitucional não é uma garantia só dos meios, mas também uma garantia de resultado, porque consagra igualmente a adequada possibilidade de obter, por seu meio, um mínimo de formas de tutelas efetivas, próprias de processo justo[82].

Comoglio diz ainda que o nexo teleológico fundamental, que a norma constitucional fundamental estabelece entre o agir em juízo e a tutela de um direito ou interesse legítimo, não permite mais referir-se à ação com qualificações e referências pertinentes mais adequadamente aos tipos de procedimento e de tutela, que, como o exercício do seu poder, as partes têm condições de obter no processo[83].

Disso conclui:

> *"D'altronde – anche nella seconda dele prospective poc'anzi indicate – la stessa scomposizione analitica dell'azione in um fascio di poteri, in cui, si tradurrebe l'iniziativa delle parti nel corso dell'intero processo, conduce certamente ad un recupero di coerenza sistematica, laddove porta alla sua sintetica ricomposizione entro gli schemi unitari de una "situazione soggetiva compósita". Ma, poi, essa finisce col suggelare la sopravvenuta ed irreversibile incapacita dell'azione di ricoprire ancora quel suo originario ruolo de "fulcro per la individuazione e la ricostruzione delle giustizia civile", ruolo che invece oggi va attribuito al rapporto fra "processo" e provvedimenti giurisdizionali ottenibili."* [84]

E, após uma análise do tratamento normativo da ação no direito italiano, e da análise de outros países, afirma que a conclusão que se impõe é que não se pode pretender defender a autonomia da ação, ou ainda mais, da ação de tradição civilista. No confronto dos poderes de proposição das demandas. Os únicos problemas, que no processo mantêm uma fundamental importância, são aqueles relacionados à efetividade e ductilidade (duttilità) variável das formas de tutela, ou dos remédios jurisdicionais, harmonizadas, em relação às demandas, pelas decisões judiciais. A partir dessa constatação, substancialmente, é que devem ser concebidas quaisquer novas sistematizações dos princípios que movem o processo[85].

79 Foi dada, propositadamente, a mesma denominação dada por Dinamarco a subtítulo do capítulo das Ações típicas, op. cit., p. 480.

80 *Cfr.* Note Riepelogative su Azione e Forme di Tutela, nell'Ottica della Domanda Giudiziale *passim*.

81 Veja-se essa significativa afirmação: "A tale stregua, però, inevitabilmente il circolo viene a chiudersi e l'azione in sé, come categoria dogmatica, non può non denunziare appiene – lo si ammetta ormai senza remore – la propria attuale (seppur sopravvenuta) inutilità", idem, p. 470.

82 Idem, p. 472. Sobre ação jurisdicional e justo processo, v. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, Lezione sul processo civile, pp. 261 e ss. Sobre o princípio do justo processo no direito italiano, v. ainda Giovanni Arieta, Francesco de Santis e Luigi Montesano, Corso Base di Diritto Processuale Civile, p. 63 e ss.

83 Loc. cit.

84 Op. cit., p. 473.

85 Idem, p. 489. Para uma noção complementar da ação no direito italiano, v. Sergio La China, Manuale di Diritto Processuale Civile, p. 207 e ss.

Dinamarco[86] não destoa do pensamento de Comoglio, ao contrário. Para ele, o direito moderno não é mais um sistema de ações. Em lugar da *actio* figura o direito subjetivo, ressaltando a participação do homem como titular deste direito.

E, por isso, num sistema jurídico integrado primeiramente por direitos, e não por ações, tudo que se relaciona à jurisdição e seu exercício ocupa outro plano, não integrante do sistema de direitos, mas a ele interligado pela instrumentalidade.

Essa instrumentalidade, resultante da autonomia do processo em relação ao direito material, afasta, desde logo, a necessidade de tipificar ações, uma vez já traçados os contornos dos direitos. Desse modo, acrescenta Dinamarco, a ação tem um objeto que não é o mesmo objeto dos direitos subjetivos substanciais. Ter ação, diz ele, significa ter direito ao (ou poder de exigir) provimento jurisdicional.

Dinamarco finaliza seu entendimento, destacando que o sistema processual é voltado para a realização dos preceitos da ordem jurídico-substancial. Em razão disso, a ação cobre toda essa área e serve a todas as situações, independentemente da qualificação dada por essa ordem ao direito afirmado ou negado. Assevera, com propriedade, que "como garantia constitucional, a ação é hoje vista como uma *cobertura integral do mundo jurídico-substancial*"[87]

Na sequência, Dinamarco refere-se também ao procedimento, e faz críticas ao grande número de procedimentos previstos no nosso ordenamento, que são impropriamente denominados como se fossem ações. Os procedimentos devem estar adequados ao atendimento da situação jurídico-substancial lamentada, e ao legislador cabe definir critérios de adequação dos procedimentos. Ressalta, pois, a aplicação do princípio da adaptabilidade, segundo o qual o procedimento deve ter útil aderência às peculiaridades. Portanto, é correto falar-se em tipicidade das formas de reclamar a tutela jurisdicional e não tipicidade das ações.

Destaca ainda que a sede de toda a ação é a Constituição Federal, e não a lei ordinária e muito menos o Código Civil. Não se pode pensar que a proteção possessória e o direito de reaver a coisa, dados ao proprietário pelo art. 1.228 do Código, respaldariam as respectivas ações *possessórias e reivindicatórias*. O fundamento é sempre a Constituição Federal.

2.4 CONCLUSÃO PARCIAL

De tudo quanto aqui ficou dito, impõe-se concluir pela inexistência da ação de direito material, nos termos preconizados pelos doutrinadores que a defendem.

Desde logo, pode-se acenar com a impropriedade da locução. A referência a direito material a vincula necessariamente ao direito material. Assim, o agir deve ter respaldo no direito material. Aliás, é exatamente isso que é sustentado, quando se referem ao art. 75 do Código Civil. E, com essa postura, filiam-se à teoria civilista da ação, confessadamente.

Porém, para que essa afirmação fosse correta, imprescindível situar no direito substancial cada uma das ações de direito material. É certo que até tentam fazê-lo, ao se referirem a alguns dispositivos do Código Civil, tal como o art. 1.228, que cuida do direito que o proprietário tem de reaver a coisa. Mas, como adverte Dinamarco, seria hercúlea a tarefa de localizar no direito positivo infraconstitucional cada uma das tutelas dos direitos.[88]

86 *Cfr.* Ações típicas cit., pp. 480-482.

87 Idem, p. 482.

88 Dinamarco se refere a essa situação: "Na linha consistente em adiantar regras sobre a tutela de direitos, todavia (como se a tutela de direitos fosse o escopo da jurisdição exercida pelos juízes e eles só a exercessem quando os direitos realmente existissem), o Código Civil descreve muitas situações e já adianta desde logo a *ação* predisposta a dar-lhes remédio. Fala-se, p.ex., da *ação pauliana* (esp. Art. 158), da *reivindicatória* (ar. 1.228), da *legitimidade para contestar* a ação de investigação de paternidade ou maternidade (art. 1.615) *etc.;* seria um trabalho pandectista de fôlego o de quem se dispusesse a enumerar, classificar e descrever cada uma das *ações* que o Código Civil prevê, disciplina ou simplesmente indica", *in* Das Ações típicas cit., p.471.

De outra parte, a visão dualista do direito de ação apresenta-se formalmente lógica. Se de fato existisse a ação de direito material, todas as objeções a ela feitas seriam incorretas. Não a desnatura, por exemplo, a alegação de que a improcedência da ação de direito processual afastaria a ação de direito material. Os seus defensores, desde Pontes de Miranda, em momento algum afirmaram que ela preexiste à ação processual. Disseram que a ação de direito material dependeria da certificação do direito subjetivo pelo juiz.

Na verdade, segundo o que pude captar, a teoria se fundamenta na ideia de que, não fosse a vedação da autotutela, verificado o direito subjetivo, não atendida a exigência de cumprimento voluntário, o titular do direito poderia agir para tutela do seu direito. Vale dizer, poderia atuar no mundo sensível, praticando atos capazes de lhe assegurar o direito subjetivo previsto do ordenamento jurídico. Portanto, com assunção da proteção dos direitos pelo Estado, haveria como que um hiato entre o agir do próprio titular e o posterior agir da jurisdição. Desse modo, a ação que o juiz tomaria, após o acolhimento do pedido, mercê da ação de direito processual, seria idêntica a que praticaria o titular do direito violado. Portanto, a afirmação de Carlos Alberto da Silva (quem age não afirma e quem afirma não age) não corresponde ao sustentado pelos defensores da teoria.

Evidentemente que se voltássemos ao primitivismo das ações privadas, o titular seria o próprio juiz do seu direito, além do seu próprio executor. Todavia, a partir da vedação da autotutela, quando os direitos não são observados voluntariamente, surge o que Dinamarco chama de crises jurídicas, que só se resolvem mediante a intervenção da jurisdição. E o agir da jurisdição, como demonstraram os contraditores da ação de direito material, é bem diverso do agir do particular. A jurisdição tem império, poder de fazer cumprir suas determinações, por meio de técnicas jamais permitidas aos titulares de direitos subjetivos.

Outro aspecto da teoria que não parece acertado relaciona-se com a comparação da ação de direito material com a *actio* romana. Essa não era o mesmo agir sustentado pelos defensores da teoria. A *actio* romana tem particularidades que não permitem uma aproximação simplista com a ação de direito material. Parece-me, salvo pelo devido respeito aos doutrinadores que assim sustentam, não ter havido um correto exame da ação romana. Aliás, seria algo mais completo que os estudos já efetuados pelos romanistas, notadamente Windscheid. Basta um perfunctório exame das ações da lei para verificar a falta de identidade dos fenômenos. A *actio* romana correspondia ao que hoje denominamos direitos subjetivos, pois o direito romano era um sistema de ações, e não um sistema de direitos.

De igual modo, não tem fundamento a acusação de apropriação do termo ação pela ciência processual. Na verdade, houve uma evolução científica do conceito de ação, que desaguou na sua configuração contemporânea, como um direito fundamental, com previsão constitucional.

Por fim, qualquer tentativa de manter-se a ação como polo metodológico do direito processual, ou de qualquer fenômeno que interfira no processo, representa um retrocesso. Mesmo admitindo-se que a tese é sedutora, como disse Carlos Alberto de Oliveira, ela representa um retrocesso científico. Além disso, afigura-se absolutamente inútil, porque desconsidera que a proteção das pessoas não se dá por meio da ação de direito material, mas sim pela tutela jurisdicional e as respectivas técnicas de tutela.

E esse parece ser o contraponto à teoria da ação de direito material. Ela não existe, e as crises jurídicas se resolvem no plano processual por meio da ação constitucional, mas no sentido apresentado por Comoglio e Dinamarco, como antes referido. A tutela jurisdicional das pessoas, consagrada como direito fundamental, é exercida num amplo espectro, que envolve um feixe de poderes exercidos pelas partes ao longo de todo arco procedimental, o princípio da adaptabilidade dos procedimentos, as técnicas de tutela jurisdicional, a fim de conseguir o processo justo.

Portanto, o correto é falar-se em tutela jurisdicional, e não em ação de direito material. Esse é o assunto do capítulo seguinte.

3. A TUTELA JURISDICIONAL

Como acentuou Cândido Rangel Dinamarco[89], o estudo da tutela jurisdicional foi banido pelos processualistas do século XIX. As razões apontadas para isso se vinculam ao fato de que houve tempo em que a tutela dos direitos era apontada como escopo do processo, e que o processo seria um instrumento predisposto à tutela dos direitos do autor. Isso porque a ação seria, na visão imanentista, o direito do autor a obter em juízo o que lhe fosse devido.

Ponderou-se, então, que a defesa de direitos subjetivos não constitui o escopo do processo civil, como se fosse ele um modo de exercício dos direitos. Os progressos científicos e metodológicos da segunda metade do século XIX permitiram a superação da visão pandectista do processo como modo de exercício de direitos[90]. O afastamento da tutela dos direitos como escopo do processo fez com que os processualistas não mais se referissem à tutela dos direitos, deixada marginalizada nas investigações e linguagem do século XX.

Porém, como já havia ressaltado o próprio Dinamarco[91], a percepção de que a tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição ou somente a outorga do provimento jurisdicional, em contraposição ao poder de ação, que se considera satisfeito com a tão só emissão do pronunciamento judicial, quer seja favorável ou não, fez ressurgir o interesse por seu estudo. O processo civil de hoje é acima de tudo um processo civil de resultados, e a utilidade prática do processo é proteger quem tem razão. Essa é a chave para a distinção entre ação e direito à tutela jurisdicional, no quadro das tendências do processo civil moderno[92].

Dinamarco faz ainda a seguinte e pertinente observação:

> *"O Direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis ou de estabilizar situações justas. Tal é a ideia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso a justiça e a do processo civil de resultados."*[93]

Por isso, Dinamarco acentua que falar em tutela jurisdicional, num contexto moderno, constituiu "desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*. O retorno ao tema harmoniza-se com a tendência à visão do sistema processual *pelo ângulo externo*, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos principiados no século passado propiciaram"[94].

E, de fato, tem sido cada vez mais frequente entre os processualistas o estudo e a utilização na sua linguagem da tutela jurisdicional[95]. Dinamarco realça esse panorama atual, cultural e bibliográfico,

89 *Cfr*. Tutela jurisdicional, *in Fundamentos* cit., n. 172, p. 353.

90 Loc. cit., com alusão as propostas de Chiovenda e Carnelutti para definição de escopo do processo. Chiovenda o definiu como atuação concreta da vontade da lei, e Carnelutti como justa composição da lide. Dinamarco esclarece, porém, que a doutrina moderna repudia também essas propostas, por serem estritamente jurídicas. Para ele, a doutrina afirma que a pacificação com justiça é o escopo social magno do processo, ao lado de outros escopos sociais, políticos e mesmo jurídicos (cfr. A Tutela jurisdicional, *in Fundamentos cit., n.* 172, p. 355, nota 11, e *A instrumentalidade do processo*, n. 21, pp. 188 e seguintes).

91 Idem, n. 171, pp. 151-152.

92 Dinamarco faz menção nesse ponto ao pensamento de Liebman, loc. cit., e, segundo penso, essa seria também a chave para demonstrar que a ação de direito material, na verdade, e na forma sustentada por seus defensores, é o que denomina-se como tutela jurisdicional, evidentemente com uma amplitude maior do que simples proteção ao autor que tenha razão.

93 Idem, p. 152.

94 Idem, p. 153.

95 Dinamarco faz referência a diversos autores na Itália e no Brasil que trataram do Tema. Na Itália, em razão principalmente de um livro sobre tutela dos direitos no Código Civil italiano (arts. 2.643 e 2.969), essa tarefa foi desenvolvido primeiramente por civilistas, por ele referidos, e mais recentemente por processualistas representativos da nova escola processual civil italiana. No Brasil, foram já os processualistas que começaram a se ocupar do tema (Cfr. Tutela jurisdicional cit., pp. 358 e 360). Justo lembrar aqui de José Frederico Marques, que já nas suas Instituições destacara um capítulo destinado a tratar da Tutela Jurisdicional, ao lado de outros temas costumeiramente tratados pela doutrina nacional, v. neste sentido Instituições, cap.IV, § 28, nn. 123-126, pp. 265 e ss. , e Manual, pp. 204 e ss.

especialmente "voltado à conceituação da tutela jurisdiciona e à sua inserção no contexto da vida das pessoas em litígio, com o cuidado de afastar as superadas ideias da tutela aos direitos como escopo do processo civil" [96].

Diante dessa constatação, conveniente ver como a doutrina tem definido a tutela jurisdicional e qual sua função e extensão. Dinamarco, após enquadrá-la no sistema de proteção ao homem em relação a certos valores, diz que ela não se confunde com o serviço judiciário, e não se confunde com a jurisdição. A tutela, para ele, é o resultado do processo em que a função jurisdicional se exerce. Não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela seja capaz de efetivamente produzir fora do processo e sobre as relações entre pessoas. A tutela, não importa o tipo de processo, só será obtida quando a pessoa, titular do direito, tiver obtido o bem desejado. Em seguida, Dinamarco acentua que no processo de conhecimento o "momento tutelar" depende da crise jurídica a se debelar, e da natureza da eficácia da sentença que acolher a pretensão daquele que tiver razão. Por isso, as crises das situações jurídicas e as de certeza são desde logo resolvidas pela própria sentença, constitutiva ou meramente declaratória, respectivamente. A crise do adimplemento perdura mesmo depois da sentença condenatória e exige a execução forçada, o que ele qualifica de tutela de dois tempos, ou *ex intervallo*[97].

Jose Roberto dos Santos Bedaque ressalta que a tutela jurisdicional deve ser entendida como tutela efetiva de direitos ou situações, conferida pelo processo. E a tutela assegurada por órgãos da jurisdição, segundo as formas previstas nas leis processuais. A ela se refere o art. 24 da Constituição italiana, e constitui regra semelhante à do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil[98].

Ao falar do significado de tutela, Bedaque refere que tutela jurisdicional "é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial" [99].

Ricardo de Barros Leonel, após fixar que o sentido léxico da palavra tutela é de proteção, e após referência da tutela dos direitos no Código Civil italiano, e de analisar o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal brasileira, faz correta reflexão sobre a tutela jurisdicional, que merece ser transcrita, em razão dos diversos ângulos de visão por ele mencionados:

> *"Em síntese, pode-se concluir com algumas ponderações: (a) o art. 5º, XXXV, da CF/1988 é o fundamento tanto do direito constitucional de ação, como do direito à tutela jurisdicional; (b) a tutela jurisdicional decorre do exercício do direito de ação, mas não se confunde como ele; (c) o conceito de tutela jurisdicional identifica-se com a proteção, resultante do processo, outorgada pelo Estado-juiz ao litigante vencedor; proteção essa que se projeta tanto no plano jurídico (proteção do patrimônio jurídico) como no plano prático (entrega do bem da vida, resultado concreto do processo ao vencedor)."*[100]

Yarshell[101] tem igual concepção e a vê como tutela estatal, na subespécie tutela jurisdicional, e que realiza seja qual for o resultado proporcionado pela atividade jurisdicional, e se verifica em favor de ambos os litigantes e, por essa razão, mesmo em face do vencido. Porque, segundo ele, a atuação da vontade

96 Idem, p. 361.

97 Idem, n. 175, p. 366.

98 Cfr. Direito e Processo cit., 33. Para uma noção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, e sua correlação com alguns casos polêmicos, v. Zaiden Geraige Neto, O princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, *passim*.

99 Idem, p. 41.

100 Cfr. Tutela jurisdicional diferenciada, p. 17.

101 Cfr. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.19. O autor reafirma essa forma de ver o instituto, quando, no seu livro Tutela Jurisdicional, assevera: "Desde logo, parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação jurídica – em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento", p. 28. Ver ainda João Batista Lopes, para quem tutela jurisdicional "significa proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem jurídica, vale dizer, com respeito aos princípios constitucionais, aos direitos e garantias previstos na Carta Magna e aos direitos assegurados pela legislação ordinária", *in* Tutela antecipada, p.34.

concreta do direito, a eliminação do conflito, que tem como resultado a pacificação, é afirmação do poder estatal, em que não há vencedor ou vencido.

Andrea Proto Pisani[102], fazendo alusão ao que ele denomina de crise de cooperação, para se referir ao que Dinamarco chama de crises jurídicas, e numa análise da relação entre direito e processo, entende que a falta ou defeituosa cooperação dos sujeitos da relação jurídica substancial, quando trazida à jurisdição, justifica, sob o plano estático, os conceitos de ação e de jurisdição, e, sobre o plano dinâmico, o surgimento do processo. O processo, ou os muitos procedimentos, nos quais se articula a tutela jurisdicional, e, portanto, mediante a atividade das partes (exercício da ação) e do juiz (exercício da jurisdição), tem como objetivo dar ao titular da situação de vantagem os mesmos resultados (ou se impossíveis esses, resultados equivalentes) que teria conseguido pela colaboração espontânea do seu adverso.

Pisani, depois de abordar as diversas crises de cooperação, e as diversas formas de tutela, além da evolução do conceito, apresenta uma síntese do seu pensamento sobre a relação entre direito e processo, e na senda da máxima chiovendiana, assenta:

> *"Concludendo mi sembra di potere affermare che se l'elaborazione ottocentesca e del primi anni di questo secolo della categoria del diritto di azione come categoria generali atipica ha consentito di raccordare automaticamente e necessariamente diritto sostanziale (tutti i diritti sostanziali) e tutela giurisdizionale civile, e di superare quindi i limiti intrisici ad un sistema di tutela giurisdizionale che ancora risentiva l'influenza della tipicità delle azione del diritto romano clássico, oggi la costituzionalizzazione del diritto de azione avvenuta in un contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell'eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritto sostanziale (singoli diritti sostanziali) e processo,studiando le tecniche attraverso le quali sai possibile consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale di strumento diretto a "dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quelo e proprio quello ch'egli ha diritto de conseguire" ai sensi del diritto sostanziale."*[103]

Feitas essas ponderações sobre a tutela jurisdicional, convém fixar o pensamento de Dinamarco, representativo de uma evolução científica do instituto, que não se trata de tutelar direitos ou a ordem normativa, mas sim de tutelar pessoas. Depois de dizer que não mais se justifica isolar o direito substancial e o processo pelo modo como tradicionalmente se fazia, insistindo na afirmação deste como um ente voltado exclusivamente para a finalidade daquele, e apontar que isso seria um vício metodológico consistente na tentativa de explicar uma suposta tutela dos direitos como escopo do processo ou como elemento legitimador da atividade jurisdicional em si própria, ele faz a seguinte ponderação:

> *"É fora de dúvida que em muitos casos a tutela às pessoas ou às comunidades se da mediante a preservação de seus direitos, na medida em que os direitos subjetivos constituem instrumento jurídico para a obtenção ou conservação de bens (materiais ou imateriais) e o homem depende destes para seu bem-estar. Por isso é que disse: cultuar direitos na medida em que com isso se possa exaltar o ser humano e oferecer-lhe melhores condições de vida. É preciso evitar aquela visão do homem, da vida e do mundo pelo prisma jurídico, como se o direito fosse o caldo de cultura da vida humana e como se cada um pudesse dizer: eu sou eu e meus direitos. Tutela-se o direito objetivos sim (o que, afinal, é inerente ao postulado chiovendiano do processo voltado à atuação da vontade da lei), como também se tutela o processo mesmo (tutela constitucional, administrativa, penal), mas nem por isso o eixo se desloca: inserido na ordem jurídica como um todo, o sistema processual participa do escopo comum de tutelar pessoas, que o fator legitimante de todas as normas jurídicas. Só é legítimo cuidar da tutela aos instrumentos na medida em que se predisponham meios destinados à efetiva tutela do homem."*[104]

102 Cfr. Le Tutele Giurisdizionali dei Diritto, p. 7.

103 Idem,p. 33.

104 Cfr. Tutela Jurisdicional, *in* Fundamentos, cit., n. 181, p. 381.

Feitas essas breves reflexões, permito-me concluir que ação de direito material não existe, e sua concepção representa um retrocesso científico, e que, no atual momento metodológico do processo civil, o correto é a referência à tutela jurisdicional de pessoas, sob o pálio da instrumentalidade processual e com visão de um processo de resultados, em busca permanente da efetividade. A tutela jurisdicional representaria o elo entre direito e processo, e não a ação de direito material[105].

4. CONCLUSÃO

A polêmica em torno da existência da ação de direito material permitiu, e até mesmo exigiu, um reexame da ação do atual momento metodológico do processo, mercê da evolução do instituto desde os seus primeiros lineamentos científicos. A análise da *actio* romana, assim como da teoria civilista da ação, na qual se fundamenta toda a teoria da ação de direito material, foi necessária para pôr evidência o descompasso de qualquer tese favorável à sua aplicação nos dias de hoje.

O próprio conceito de ação, colocado durante muitos anos como polo metodológico do direito processual, não tem, e não pode ter mais, a mesma importância. A ação, por si só, vista apenas como o poder de provocar a jurisdição, e obter dela uma prestação jurisdicional de mérito, seja ele qual for, é um instituto vazio de finalidade.

A ação deve ser vista no seu patamar constitucional, consagrada no inciso XXXV da Constituição Federal do Brasil, e em toda a sua extensão. Deve ser encarada como um feixe de poderes, exercido ao longo de todo o espectro processual (ou procedimental), consistente nos poderes de participação, de alegação e de provar. É visão de escalada, apresentada por Dinamarco, a percorrer todos os atos até a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Por isso, afigura-se totalmente inadequada qualquer vinculação da ação ao direito material, bem como incorreta sua classificação vinculada aos direitos, cuja proteção se busca mediante o processo. Não há falar em ações reais ou pessoais, ou mesmo em ações declaratórias, condenatórias, constitutivas *etc.*

Nesse contexto, de uma visão atual da ação no estado constitucional, ação de direito material, apresentada com o enfoque dado a ela pelos seus defensores, como consequência de um direito subjetivo, cuja pretensão, vista como exigência de satisfação, não tenha sido atendida, a desaguar no direito de agir. Direito esse a ser exercido perante a jurisdição, ante a vedação da autotutela, salvo em casos excepcionais expressamente autorizados em lei.

A aceitação da ação de direito material exigiria uma vinculação estreita entre o agir judicial e a proteção especificamente prevista na lei substancial. Essa tarefa, além de árdua, parece impossível. Alguns doutrinadores até tentaram, aqui e acolá, fazer menção de dispositivos do Código Civil, tal como o art. 1.228, para justificar a sua existência. Por isso, sustentei a própria inadequação da denominação.

Ação de direito material sugere uma proteção prevista no direito material. É inadequada, não só por representar uma tarefa impossível, mas, e principalmente, por negar os dois planos do ordenamento jurídico, o substancial e o processual. Não é suficiente a afirmação de que a ação de direito material representaria um elo entre o direito e o processo. Não passa de argumento desprovido de verificação prática. Ao contrário, com a tese nega-se a autonomia dos planos, embora, como se sabe, estejam eles vinculados pela instrumentalidade de um em relação ao outro.

105 Naturalmente que seria conveniente desenvolver o tema para tratar das técnicas das diversas tutelas jurisdicionais, mas o objetivo do trabalho era apenas confrontar o conceito de ação de direito material, e o estudo das técnicas escaparia de algum modo desse objetivo. Porém, sobre as técnicas de tutela jurisdicional podem ser consultadas as obras de José Roberto dos Santos Bedaque, Efetividade do processo e técnica processual; Proto Pisani, Le tuteli giurisdizionale dei diritto, especialmente quando sobre as tutelas pelas eficácias, pp. 36-222; e especialmente sobre as técnicas de tutela aos deveres de fazer e de não-fazer, e exegese do art 461 do CPC, Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer. Marinoni,Técnica processual e tutela dos direitos, especialmente a parte II, pp. 191 e ss.

Em razão da conclusão pela inexistência da ação de direito material, a contrapartida ofertada foi a tutela jurisdicional. Ficou evidenciado o seu reingresso no campo de preocupação científica da processualística contemporânea, porquanto a noção que dela se tinha, de proteção dos direitos, e, portanto, de representação da teoria civilista, alterou-se significativamente.

Hoje, discute-se a tutela jurisdicional, consagrada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, não só como direito de acesso, mas como direito a um processo justo e efetivo. É noção do processo civil de resultados, como superação da fase do processo civil do autor, mote da teoria da ação de direito material. É verdade que, numa inflexão, passaram alguns seguidores da teoria, a admitir que o direito é apenas afirmado em juízo, e sua não-constatação pelo juiz levaria à improcedência, ou seja, à não-concessão da ação de direito material. Todavia, não explicam a proteção dada no processo ao vencedor. A noção de tutela jurisdicional, na concepção atual, protege não só o autor, mas também o réu. Protege o vencedor.

A tutela jurisdicional cumpre e atinge todos os escopos do processo, não só aquele jurídico, previsto por Chiovenda, de atuação concreta da lei, mas, e muito especialmente, o de pacificação com justiça. O processo civil de resultados, concebido a partir da noção adequada da tutela jurisdicional, é aquele que permita dar a quem tem razão (no plano substancial) tudo aquilo, e exatamente aquilo a que teria direito, não houvesse a crise de cooperação, ou a crise jurídica, que levou à provocação da jurisdição.

Portanto, a tendência do processo civil moderno é enveredar cada vez mais para o estudo e aprofundamento científico da tutela jurisdicional, e, como consequência, procurar o desenvolvimento da técnica processual de modo a propiciar a real efetividade, tão almejada por todos.

Entretanto, não se pode esquecer a oportuna e correta advertência de Dinamarco, antes referida. A tutela jurisdicional não é dos direitos e sim do homem. Só é legítimo, disse ele, cuidar da tutela aos instrumentos na medida em que se predisponham meios à efetiva tutela do homem. Com a busca da efetiva tutela jurisdicional das pessoas, e não com a ação de direito material, será possível se obter um processo justo e équo.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito subjetivo, pretensão e ação.* RePro 47/109. São Paulo: RT, julho-setembro, 1987.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da "Ação de Direito Material". In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 14. ed. São Paulo: RT, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARIETA, Giovanni, MONTESANO, Luigi, DE SANTIS, Francesco. *Corso Base di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Padova: Cedan, 2010.

ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

AZEVEDO, Luiz Carlos de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano.* São Paulo: RT, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A efetividade do processo e técnica processsual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. I.

LA CHINA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* V.1 São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *La Accíón en el Sistema de los Derechos*, in: Ensayos de Derecho Procesal Civil (trad. de Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: EJEA, 1946, vol. I.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Note Riepelogative su Azione e Forme di Tutela, nell'Ottica della Domanda Giudiziale*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo e Ferri Corrado e Michele Taruffo. *Lezioni sul Processo Civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

COSTA, Susana Henriques. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano.* São Paulo: RT, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Mallheiros, 2008.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I

DINAMARCO, Cândido Rangel, ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DE SANTIS, Francesco, ARIETA, Giovanni, MONTESANO, Luigi. *Corso Base di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Padova: Cedan, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo.* Milano: Giuffrè, 1957.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.* São Paulo: RT, 2003, vol. 56 da coleção em homenagem a Enrico Tullio Liebman.

GOLDSCHIMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003, tomo I.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil,* vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I (tradução de Cândido Rangel Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MACHADO, Fábio Cardoso. "Ação" e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: RT, 2006.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos direitos.* 2. ed. São Paulo RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000. vol.II.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MEIRA, Silvio. *Processo Civil Romano*, 2. ed. Belém: s/ed.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil,* v. 1 . São Paulo: RT, 2005.

_____. *Da ação civil.* São Paulo: RT, 1975.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – "Ação Processual)*: uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. *Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação.* Ajuris 88, t. 1, p.140. Porto Alegre: Ajuris, dezembro 2002.

MITIDIERO, Daniel e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil,* v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Hobbes, Motesquieu e a teoria da ação.* RePro 108/9. São Paulo: RT, out/dez 2002.

MONTESANO, Luigi, ARIETA, Giovanni, DE SANTIS, Francesco. *Corso Base di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Padova: Cedan, 2010.

NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil – Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Problema da Eficácia da Sentença. In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. *Do formalismo no Processo Civil – proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil,* v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTAÚDE, Gabriel. *Tutela Jurisdicional* (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

PISANI, Andrea Proto. *Le Tutele Giurisdizionale dei Diritti – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalvanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, tomo I.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo I.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. revista e atualizada por KÖHNEN, Maria Beatriz Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: *Polêmica Sobre a Ação; a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* (Organizadores), Amaral, Guilherme Rizzo e Machado Fábio Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do Processo Civil Romano*, v. 2, Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos Deveres de fazer e de não-fazer.* 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do conceito de ação. Ajuris 14/155. Porto Alegre: Ajuris, novembro de 1978.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paul: Atlas, 1999

_____. *Tutela Jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.* São Paulo: Malheiros, 1993.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 0003249-92.2009.8.12.0014 - Maracaju
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE – PEDIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE NÃO TEM RELAÇÃO COM ACIDENTE DE TRABALHO – AÇÃO DECIDIDA POR DELEGAÇÃO PELA JUSTIÇA ESTADUAL DE ACORDO COM O ART. 109, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA JULGAMENTO DO RECURSO – APLICABILIDADE DO ARTIGO 109, §4º DA MAGNA CARTA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 24 de setembro de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação interposta por Avani Paixa de Oliveira com relação à sentença proferida na ação de aposentadoria rural por idade em face do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, consistente na improcedência do pedido.

A recorrente pede a reforma da sentença sob o argumento de que para a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade há apenas que se comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua no período equivalente à carência exigida.

Assevera que os documentos contidos nos autos constituem início razoável de prova material de sua atividade rural, corroborando com os depoimentos das testemunhas colhidos em audiência, restando comprovado o aspecto temporal de trabalhadora rural.

Alega que completou 55 anos de idade em 11.03.2006, o que resta demonstrado o requisito etário exigido pela Constituição Federal.

Por fim, requereu a reforma da sentença para determinar à autarquia o pagamento da aposentadoria no valor de um salário mínimo mensal desde a citação e honorários advocatícios pela sucumbência em 15%.

Apresentadas as contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Avani Paixa de Oliveira com relação à sentença proferida na ação de aposentadoria rural por idade em face do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, consistente na improcedência do pedido.

A recorrente pede a reforma da sentença sob o argumento de que para a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade há apenas que se comprovar o exercício da atividade rural ainda que de forma descontínua no período equivalente à carência exigida.

Assevera que os documentos contidos nos autos constituem início razoável de prova material de sua atividade rural, corroborando com os depoimentos das testemunhas colhidos em audiência, restando comprovado o aspecto temporal de trabalhadora rural.

Alega que completou 55 anos de idade em 11.03.2006, o que resta demonstrado o requisito etário exigido pela Constituição Federal.

Por fim, requereu a reforma da sentença para determinar à autarquia o pagamento da aposentadoria no valor de um salário mínimo mensal desde a citação e honorários advocatícios pela sucumbência em 15%.

O magistrado julgou improcedente o pedido sob o argumento de que não restou comprovado o exercício da atividade rurícola pela recorrente conforme determina a Súmula n. 149 do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, verifica-se que o pedido de benefício previdenciário de aposentadoria rural por idade não tem natureza acidentária, sendo de competência da Justiça Comum por delegação nos termos do art. 109, § 3º da Constituição Federal, visto que a Comarca de Maracaju não é sede de Vara do Juízo Federal.

Segundo o art. 109, § 4º da Constituição Federal disciplina que quando a Justiça Comum estiver investida por competência constitucional delegada, o recurso cabível é para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Nesse sentido as decisões deste Tribunal:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – NATUREZA NÃO ACIDENTÁRIA – APOSENTADORIA RURAL POR IDADE – AÇÃO DISTRIBUÍDA E DECIDIDA NA JUSTIÇA ESTADUAL POR DELEGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ARTIGO 109, §§ 3º E 4º DA CF – COMPETÊNCIA RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – REMESSA DOS AUTOS. As ações que versem sobre benefícios previdenciários e não acidentários são de competência da Justiça Federal, ressalvado o disposto no art. 109, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, caso em que o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal.* (Apel. Cível n. 2010.023978-1/0000-00, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade. 2ª. Turma Cível. Julg. em 14.09.2010).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO APOSENTADORIA RURAL POR IDADE – PEDIDO QUE NÃO GUARDA NEXO DE CAUSALIDADE COM EVENTUAL ACIDENTE DO TRABALHO – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE NATUREZA COMUM – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – AÇÃO DISTRIBUÍDA E DECIDIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL – DELEGAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 109, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – COMPETÊNCIA*

RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – INTELIGÊNCIA DO § 4º DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ACOLHIDA A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TJMS.

Tratando-se de pretensão de aposentadoria rural por idade, que não guarda relação de causalidade com acidente de trabalho, a questão é de benefício previdenciário de natureza comum, cuja competência para julgamento é da justiça federal, devendo o recurso de apelação oriundo de tal demanda ser julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ex vi do disposto no art. 109, § 4 º, da Constituição Federal." (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2011.005561-4/0000-00 - Aparecida do Taboado, Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Turma Cível, j. 07.04.2011).

Posto isso, nos termos do art. 109, § 3º e 4º da Constituição Federal, declara-se a incompetência absoluta desta Câmara Cível para a apreciação do recurso e determina-se a remessa imediata dos autos para o Tribunal Regional Federal da 3º Região.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, 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, MS, 24 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0006511-84.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – REMOÇÃO DE SERVIDORA PARA LOCAL DE RESIDÊNCIA DO CÔNJUGE PRESTADOR DE SERVIÇO À PESSOA JURÍDICA MUNICIPAL – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação cível interposta por Ligiane Stabullo Soares do Nascimento contra sentença proferida no mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor Presidente do HRMS/ Fundação dos Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul.

A sentença consiste no indeferimento de plano da segurança, nos termos do art. 12 da Lei n. 12.016/2009, por não haver direito líquido e certo a socorrer a impetrante que pretende sua remoção para a cidade de Três Lagoas, onde seu marido presta serviços ao Município.

Aduz que é funcionária pública estadual, lotada no cargo de "farmacêutico bioquímico", na Fundação de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme Decreto "p" n. 563/2006, de 6 de março de 2006 (fls. 18/20) e que atualmente exerce sua atividade no HRMS/FUNSAU em Campo Grande/MS.

Afirma que embora trabalhe na capital, estuda e reside na cidade de Três Lagoas e é esposa de servidor público municipal também lotado em Três Lagoas, sendo mãe de uma filha.

Alega que teve seu pedido de remoção para a cidade de Três Lagoas indeferido de forma ilegal, pois fere a preservação do núcleo familiar, garantia estabelecida no art. 37 da Constituição Estadual, assim como artigos 1º e 226 da Constituição Federal.

Assevera que o fato de seu marido ser prestador de serviços para a Prefeitura de Três Lagoas o inclui no conceito de servidor público e que a preservação do núcleo familiar deve-se sobrepor ao interesse público.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 65).

Parecer do Procurador de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 75/79).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Ligiane Stabullo Soares do Nascimento contra sentença proferida no mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor Presidente do HRMS/ Fundação dos Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul.

A sentença consiste no indeferimento de plano da segurança, nos termos do art. 12 da Lei n. 12.016/2009, por não haver direito líquido e certo a socorrer a impetrante que pretende sua remoção para a cidade de Três Lagoas, onde seu marido presta serviços ao Município.

Aduz que é funcionária pública estadual, lotada no cargo de "farmacêutico bioquímico", na Fundação de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme Decreto "p" n. 563/2006, de 6 de março de 2006 (fls. 18/20) e que atualmente exerce sua atividade no HRMS/FUNSAU em Campo Grande/MS.

Afirma que embora trabalhe na capital, estuda e reside na cidade de Três Lagoas e é esposa de servidor público municipal também lotado em Três Lagoas, sendo mãe de uma filha.

Alega que teve seu pedido de remoção para a cidade de Três Lagoas indeferido de forma ilegal, pois fere a preservação do núcleo familiar, garantia estabelecida no art. 37 da Constituição Estadual, assim como artigos 1º e 226 da Constituição Federal.

Assevera que o fato de seu marido ser prestador de serviços para a Prefeitura de Três Lagoas o inclui no conceito de servidor público e que a preservação do núcleo familiar deve-se sobrepor ao interesse público.

Inicialmente, deve-se salientar que a segurança foi denegada de plano, razão porque não foi determinada a intimação da autoridade impetrada para apresentar informações nem a citação da pessoa jurídica responsável.

No caso em apreço, ao contrário do que afirma a impetrante, realmente não se constata a presença de direito líquido e certo de sua parte.

A Constituição Estadual, no art. 37, assegura que: *"Art. 37. Ao funcionário ou servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor".*

Note-se que o dispositivo legal condiciona a remoção de servidor para a mesma localidade de residência do cônjuge ou companheiro se este também for funcionário ou servidor, o que não é o caso dos autos.

Conquanto a recorrente afirme que o fato de seu cônjuge prestar serviços ao Município de Três Lagoas faz com que ele se insira na categoria de servidor público, na verdade não se pode atribuir a ele o regime jurídico administrativo que regram as relações dos servidores públicos em geral.

Conforme o contrato de f. 82/88 juntado aos autos, verifica-se que o cônjuge da recorrente possui contrato de trabalho temporário com o Município de Três Lagoas, que inclusive já venceu na data de

31.12.2010, sendo apenas prestador de serviços e não podendo, repita-se, ser considerado como funcionário ou servidor público, sob pena de desvirtuar-se o regime aplicável aos servidores.

Sendo assim, não há direito líquido e certo a socorrer a impetrante.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, MS, 08 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0029248-86.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO – PRAZO PRESCRIÇÃO DECENAL PARA RECEBIMENTO DO SEGURO PELOS BENEFICIÁRIOS – ART. 205 DO CC – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 798 DO CC – PRAZO DE DOIS ANOS QUE DEVE SER INTERPRETADO DE FORMA A NÃO AFASTAR A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA PREMEDITAÇÃO DO SUICÍDIO – JUROS DE MORA MANTIDOS CONFORME FIXADOS NA SENTENÇA – RECURSOS IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação cível interposta por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais contra sentença proferida na ação de cobrança de indenização de seguro de vida ajuizada por Arlete Ferreira de Medeiros e Ricardo Ferreira de Medeiros, consistente na procedência do pedido para condenar a seguradora ao pagamento do seguro decorrente de morte acidental, na proporção de 50% para cada autor, o que alcança a quantia de R$ 20.000,00 para cada um, corrigidos pelo IGPM/FGV desde a data do evento gerador da indenização, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados do pedido administrativo.

Houve condenação da Seguradora ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação.

O recorrente pede a reforma da sentença alegando, inicialmente, a prescrição da pretensão dos autores, uma vez que já transcorridos mais de 3 anos da recusa apresentada, nos termos do art. 206, § 3º, do C.C.

Quanto ao mérito, afirma que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, conforme estipulado no art. 798 do CC, invertendo-se a sucumbência.

Arlete Ferreira de Medeiros e Ricardo Ferreira de Medeiros interpõem recurso adesivo a fim de reformar a sentença para que os juros de mora sejam contados a partir do óbito (13.11.2005) e que seja reconhecida a renúncia do prazo de carência previsto no art. 798 do C.C.

Ambos os recorrentes apresentaram contrarrazões pugnando pelo improvimento dos respectivos recursos.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais contra sentença proferida na ação de cobrança de indenização de seguro de vida ajuizada por Arlete Ferreira de Medeiros e Ricardo Ferreira de Medeiros, consistente na procedência do pedido para condenar a seguradora ao pagamento do seguro decorrente de morte acidental, na proporção de 50% para cada autor, o que alcança a quantia de R$ 20.000,00 para cada um, corrigidos pelo IGPM/FGV desde a data do evento gerador da indenização, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados do pedido administrativo.

Houve condenação da Seguradora ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação.

O recorrente pede a reforma da sentença alegando, inicialmente, a prescrição da pretensão dos autores, uma vez que já transcorridos mais de 3 anos da recusa apresentada, nos termos do art. 206, § 3º, IX, do C.C.

Quanto ao mérito, afirma que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, conforme estipulado no art. 798 do C.C., invertendo-se a sucumbência.

Arlete Ferreira de Medeiros e Ricardo Ferreira de Medeiros interpõem recurso adesivo a fim de reformar a sentença para que os juros de mora sejam contados a partir do óbito (13.11.2005) e que seja reconhecida a renúncia do prazo de carência previsto no art. 798 do C.C.

Com relação à preliminar de mérito suscitada pela Seguradora apelante, segundo a qual a pretensão dos autores já estaria prescrita ante o transcurso do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, IX, do C.C., não assiste razão à recorrente.

Isso porque o referido prazo trienal somente é aplicável às ações em que se pleiteam o recebimento de seguro obrigatório, o que não é o caso dos autos, em que os autores pretendem o recebimento de seguro particular, em que incide o prazo decenal previsto no art. 205 do C.C.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. TERCEIRO BENEFICIÁRIO. PRESCRIÇÃO DE DIREITO PESSOAL.*
>
> *1. - O prazo prescricional para a propositura da ação pelo beneficiário é de dez anos, na forma do art. 205 do Código Civil, e não o de três anos, previsto no art. 206, § 3º, IX, do mesmo diploma legal, que se aplica à pretensão ao recebimento de seguro de vida obrigatório, o que não é a hipótese dos autos.*

2. - Agravo Regimental improvido".

(STJ – AgRg no Resp. n. 1311406/SP, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ. 28.05.2012).

"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 monetária sobre divida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

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

(TJMS – Apelação Cível n. 0007695-26.2009.8.12.0019, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, J. 06.03.2012).

Logo, rejeita-se a preliminar de mérito relativa ao reconhecimento da prescrição da pretensão dos autores.

Quanto ao mérito, razão não assiste à Seguradora.

Como bem ressaltou o magistrado, o prazo previsto no art. 798 do C.C.[1] deve ser interpretado como sendo um marco temporal acerca do questionamento sobre a premeditação do suicídio, que não estaria coberto pela proteção securitária.

No caso em tela, não houve comprovação de que o suicídio se deu premeditadamente, e pelos elementos dos autos (o suicídio foi cometido no dia 13.11.2005, ao passo que o contrato de seguro em grupo foi celebrado no dia 23.03.2004) constata-se que realmente não houve premeditação, cabendo o pagamento da indenização prevista na apólice.

Esse é o entendimento adotado neste Tribunal e no STJ, conforme se observa:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DA OFENSA À DIALETICIDADE – AFASTADA – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – SEGURO DE VIDA – SUICÍDIO NO PERÍODO DE CARÊNCIA – PREMEDITAÇÃO NÃO COMPROVADA – ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL NÃO AFASTA DISPOSTO NAS SÚMULAS N. 61 DO STJ E 105 DO STF – DIREITO À COBERTURA – CORREÇÃO MONETÁRIA – RECUSA DO PAGAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA – JUROS DE MORA – CITAÇÃO VÁLIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

1. A simples repetição dos termos da contestação nas razões de apelação somente caracterizam irregularidade formal (violação ao princípio da dialeticidade) ao se afastarem do teor dos fundamentos da sentença, o que não se verificou na hipótese. 2. O recurso de apelação não ataca todos os fundamentos da sentença que afastaram a prescrição, subsistindo aquele irrecorrido. Ademais, há que se considerar também que, ainda que a tese recursal de mera suspensão do prazo pelo pedido administrativo, houve em menos de três anos a interposição de Ação Cautelar pelos ora apelados, o que inequivocamente interrompe a prescrição, nos termos do art. 202 do Código Civil. 3. **O teor do art. 798 do Código Civil, consoante firme jurisprudência do STJ não afasta a incidência das Súmulas n. 61 do STJ e 105 do STF. Assim, ainda que o suicídio do segurado tenha ocorrido dentro do período de carência, não havendo prova da premeditação (como na hipótese versada), não é justa a recusa da cobertura pelo seguro de vida**. *4. A correção monetária deve incidir desde o não pagamento na via administrativa, enquanto os juros de mora a partir da citação válida".*

(TJMS – Apelação Cível n. 2011.033692-3, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, J. 24.11.2011).

"AGRAVO REGIMENTAL - SEGURO DE VIDA - SUICÍDIO - NEGATIVA DE PAGAMENTO DA COBERTURA SECURITÁRIA - IMPOSSIBILIDADE – NECESSÁRIO A COMPROVAÇÃO DA PREMEDITAÇÃO - PRECEDENTES - SÚMULA STJ/83 - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1. - O acórdão recorrido decidiu em consonância com o entendimento desta Corte que entende que a seguradora só não indenizará o suicídio cometido no prazo de dois anos do artigo 798, do Código Civil, se provar a premeditação. Precedentes.

2. - Incide, portanto, ao caso o enunciado 83 da Súmula desta Corte (Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.), aplicável, também, aos Recursos Especiais interpostos pela alínea "a", segundo iterativa jurisprudência deste Tribunal.

3. - A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

4. - Agravo Regimental improvido".

(STJ – AgRg no Ag 1414089/SC, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ. 01.02.2012).

Com relação ao recurso adesivo interposto por Arlete Ferreira de Medeiros e Ricardo Ferreira de Medeiros, o STJ e este Tribunal têm se posicionado pelo seu termo inicial a partir da citação. No entanto, como a sentença determinou a incidência a partir do requerimento administrativo, deve ser mantida a referida data, pois do contrário caracterizar-se-ia *reformatio in pejus*.

Assim, não assiste razão aos recorrentes Arlete e Ricardo na alteração da sentença no que tange ao termo inicial da incidência dos juros.

Posto isso, rejeitada a preliminar de prescrição, nega-se provimento a ambos os recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, MS, 08 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0001181-86.2011.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – AFASTADA – MÉRITO – TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO COM ADULTERAÇÃO DE CHASSI – MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE VISTORIA REALIZADO PELO DETRAN – DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há que se falar em cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, quando presente prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador, mostrando-se inútil a produção de outras provas.

Nos moldes da jurisprudência deste Tribunal, se o DETRAN permite a transferência de veículo, com adulteração de chassi, tem o dever de indenizar o adquirente pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização de veículo objeto de furto/roubo.

Desde que comprovados os danos materiais sofridos pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atento sempre ao princípio da razoabilidade.

A partir de 29 de junho de 2009, conforme o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, *"para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."*

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, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e improver o agravo retido, no mérito, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ademir Faria Ribeiro, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Comarca de Ponta Porã/MS, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais movida em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito

de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS e do Estado de Mato Grosso do Sul, a qual julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

O apelante, em suas Razões Recursais **(**fls. 202/209**)**, requer, preliminarmente, que seja apreciado o agravo retido (fls. 173/174) interposto em face do despacho que indeferiu a produção de prova testemunhal em audiência (fls. 170), alegando cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito pleiteia a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização "*diante do evidente dano moral causado ao recorrido, quando da atitude dos policiais, os quais não tomaram o devido cuidado ao procurar o autor em seu ambiente de trabalho, expondo sua moral e colocando-o em situação vexatória e constrangedora perante colegas e alunos*."

Do mesmo modo, pretende a condenação do Detran/MS ao pagamento de indenização por danos morais e materiais "*devido à sua conduta negligente e a má prestação de serviços, que causou prejuízo ao apelante*", que não detectou a adulteração do chassi de automóvel submetido a vistoria.

O Detran/MS, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 214-219) pugna total improvimento do recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul não apresentou contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ademir Faria Ribeiro, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Comarca de Ponta Porã/MS, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais movida em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul-DETRAN/MS e do Estado de Mato Grosso do Sul, a qual julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

O apelante em suas Razões Recursais **(**fls. 202/209**)**, requer, preliminarmente, que seja apreciado o agravo retido (fls. 173/174) interposto em face do despacho que indeferiu a produção de prova testemunhal em audiência (fls. 170), alegando cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito pleiteia a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização "*diante do evidente dano moral causado ao recorrido, quando da atitude dos policiais, os quais não tomaram o devido cuidado ao procurar o autor em seu ambiente de trabalho, expondo sua moral e colocando-o em situação vexatória e constrangedora perante colegas e alunos*."

Do mesmo modo, pretende a condenação do Detran/MS ao pagamento de indenização por danos morais e materiais "*devido à sua conduta negligente e a má prestação de serviços, que causou prejuízo ao apelante*", que não detectou a adulteração do chassi de automóvel submetido a vistoria.

O Detran/MS, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 214-219) pugna total improvimento do recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul não apresentou contrarrazões.

Consta dos autos que Ademir Faria Ribeiro propôs a presente demanda em face do Estado de Mato Grosso do Sul e do Detran/MS alegando:

"que adquiriu em Janeiro/2008 uma caminhonete Mitsubishi L200, branca, placas HSD-6573, ano 2004, Renavam n. 8266121974, tendo despendido o valor de R$ 44.000,00

(quarenta e quatro mil Reais), através da revendedora de carros Araújo & Zacharias Ltda – EPP/Ponta Porã Veículos. Nesse passo, assentou que 'Quando da aquisição, conforme anexo extrato, fez a consulta no DENATRAN para averiguar a regularidade do veículo. O extrato aponta a necessária regularidade, aferindo-lhe, pois, motivação para realização do negócio'. - (fl. 03). Aduziu, contudo, que 'Encontrava-se em sala de aula, no período vespertino, quando surpreendentemente, foi 'convidado' para ir a Delegacia da Polícia Civil de Ponta Porã, pelo fato do seu carro apresentar irregularidades, pois havia sido constatada 'clonagem'. O carro, de igual modo, foi levado e apreendido'- (fl. 03), o que lhe acarretou num prejuízo de ordem material no quantum de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil Reais), além do constrangimento, a causar um prejuízo de ordem extrapatrimonial. Pediu, assim, fossem as rés condenadas ao pagamento do prejuízo material de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil Reais) e moral, estimando a importância de R$ 100.000,00 (cem mil Reais)." (fls. 193).

I) Do Agravo Retido – cerceamento de defesa pelo indeferimento de oitiva de testemunha.

Inicialmente, o apelante pretende a análise do agravo retido (fls. 173/174) interposto em face do despacho que indeferiu a produção de prova testemunhal em audiência (fls. 170), alegando cerceamento de defesa.

Razão não lhe assiste.

O pedido de dilação probatória foi indeferido, tendo considerado o juiz de primeiro grau "*que a matéria, apesar de ser de fato de direito, independe da produção de prova em audiência, sendo portanto, de julgar-se antecipadamente a lide (...)*" (fls. 170).

O artigo 131, do Código de Processo Civil, dispõe que *"o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegada pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."*

Este Tribunal, interpretando o mencionado dispositivo, tem consolidado o entendimento de que *"o julgamento da lide não configura cerceamento de defesa quando o magistrado assim procede por reputar estarem presentes nos autos elementos suficientes para a formação de seu convencimento"* (TJMS, Terceira Câmara Cível - Apelação Cível - Lei Especial - N. 2012.001980-0/0000-00 - Três Lagoas - Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO OCORRENTE. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL CERTA. AUSÊNCIA DE TERMO ESTABELECIDO PARA O CUMPRIMENTO. CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA. CITAÇÃO. EXEGESE DOS ARTS. 960 DO CC/16 E 219 DO CPC.

1. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção dessa ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção. *(...)"* (REsp. 879677/DF - RECURSO ESPECIAL n. 2006/0179190-6 – Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento: 11.10.2011 - Data da Publicação/Fonte DJe 29.11.2011).

> *"AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – NÃO CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA, ATESTADA PELA CORTE DE ORIGEM, DE COBRANÇA DE CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - SÚMULA N. 07/STJ - INCIDÊNCIA - AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> ***Não há falar em cerceamento de defesa, quando o julgador, entendendo estarem os autos suficientemente instruídos, reputa desnecessária a produção de provas e julga antecipadamente a lide.*** (...)" (AgRg no Ag 969494/DF - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 2007/0249790-5 – Relator: Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 03.02.2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 18.02.2009 Ementa).

Portanto, só se pode falar em cerceamento de defesa quando o magistrado estiver convencido de que as provas existentes nos autos não autorizam o pronto julgamento da lide.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido consubstanciado na alegação de cerceamento de defesa.

Passo a análise do mérito recursal.

II) Do pagamento de indenização por dano moral pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O apelante pretende a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização "*diante do evidente dano moral causado ao recorrido, quando da atitude dos policiais, os quais não tomaram o devido cuidado ao procurar o autor em seu ambiente de trabalho, expondo sua moral e colocando-o em situação vexatória e constrangedora perante colegas e alunos*."

Verifica-se nos autos que a polícia militar foi comunicada pelo Detran a respeito de um veículo clonado, com possível adulteração de chassi.

Diante de tal informação os policiais "*diligenciaram até o local em que estava o veículo, isto é, Assentamento Itamarati, estando no local deparou com o veículo estacionado próximo a Escola Nova Itamarati; QUE, entrevistas feitas constataram que o proprietário era Ademir Farias ribeiro, este professor daquela Escola; QUE, o mesmo afirmou ter adquirido o veículo de uma garagem desta cidade, denominada de Ponta Porã Veículos, na época foi apresentado documentações de contrato de compra e venda; QUE, conforme determinação o veículo foi exibido a esta Unidade Policial para providências cabíveis*." (PM Anderson Lima Gonçalves - fls. 125).

O apelante confirmou que "*foi abordado pela Polícia Militar, quando então foi informado dos fatos (...), até o momento nada sabia a respeito*" (fls. 126). E, frise-se, não relatou, naquele momento ter sido submetido a qualquer situação vexatória ou mesmo que tenha sido abordado de maneira inadequada pelos policiais.

O diretor da escola em que leciona o recorrente, também não relatou qualquer irregularidade na atitude dos policiais (fls. 19) quando da abordagem.

O que se percebe é que os policiais agiram no cumprimento de sua função adotando os procedimentos necessários para averiguação de suposta irregularidade no veículo em questão (clonagem e adulteração de chassi).

Como ressaltou o juiz de primeiro grau, deve ser afastada "*qualquer responsabilidade pelo infortúnio sofrido pelo autor, no tocante ao* ***Estado réu****, porquanto os Policiais Militares apenas atuaram*

em nítido cumprimento do dever legal, isto é, suspeitaram e constataram a adulteração do chassi do automóvel do autor e logo, apreenderam o referido veículo, não havendo, portanto, qualquer censura a tal atitude, mormente porque sua atuação desenvolveu-se dentro dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, não revelando qualquer excesso daqueles milicianos." (fls. 195).

Desse modo, não há que se falar em condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos morais.

III) Do pagamento de indenização por danos morais e materiais pelo Detran/MS.

O recorrente pretende a condenação do Detran/MS ao pagamento de indenização por danos morais e materiais "*devido à sua conduta negligente e a má prestação de serviços, que causou prejuízo ao apelante*", ao não detectar a adulteração do chassi de automóvel submetido a vistoria.

De fato, razão lhe assiste.

Verifica-se que em 13.8.2008 o apelante adquiriu o veículo objeto da demanda (caminhonete Mitsubishi – 2004/2004 – placa HGS 6573), sendo este vistoriado pelo Detran, como comprovam os documentos de fls. 81/84, tendo-se apurado não haver qualquer irregularidade no automóvel.

O próprio Detran admite em suas contrarrazões recursais que "*no curto espaço de 03 (três) meses fora ele transferido entre 03 (três) pessoas distintas, sendo certo que em todas elas fora devidamente submetido a vistorias pelo órgão de trânsito, e em todas elas fora devidamente submetido a vistorias pelo órgão de trânsito, e em nenhuma delas foi verificada aludida adulteração*." (fls. 218).

Posteriormente, como já relatado acima, foi constatada a adulteração do chassi, confirmada pelo laudo pericial, (fls. 143), segundo o qual "*no exame preliminar da superfície reservada à impressão do sequencial identificador de chassi (...), efetuado à vista desarmada, constatou o Perito relator, que a mesma apresentava-se com vestígios abrasivos e dígitos em desalinho"*. (fls 142).

O perito também verificou que "*os selos de segurança encontravam-se afixados, entretanto apresentavam sinais de manuseio (...) a plaqueta de identificação de chassi encontrava-se afixada, contuso não possuía rebites originais de fábrica*" (fls. 140/141), sendo que tais adulterações podem ser percebidas pelas imagens anexadas aos autos.

A par de tais fatos e partindo do pressuposto que a numeração do chassi é a mesma tanto da ocasião da compra do veículo em agosto/2008 (fls. 72/73 e 81/84), quanto da realização da perícia criminal (fls. 137/144), verifica-se que a parte autora já adquiriu o veículo incrustado com a adulteração do chassi, tendo a falsificação ocorrido em momento anterior.

Estabelece o §6º, do artigo 37, da Constituição Federal[1], que o Detran/MS, entidade autárquica estadual, responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, exceto nos casos em que fique comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Segundo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

> *"essa culpa do serviço ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário."* (Direito Administrativo - p. 527).

1 Art. 37. (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No que concerne à realização de vistoria, os órgãos de trânsito devem observar o que prevê o art. 1º e incisos da Resolução n. 282/2008 do CONTRAN[2], tomando as providências necessárias para verificação do chassi do veículo e de outros itens que a legislação determina.

E, sendo encontrado eventual sinal de adulteração, devem ser observadas as determinações do art. 7º da Resolução n. 282/08 do CONTRAN[3].

Por pertinente, vale transcrever parte do voto exarado pelo Des. Rubens Bergonzi Bossay, relativo ao processo TJ/MS n. 0807949-46.2011.8.12.0002, ao analisar situação semelhante[4]:

> *"Como se observa, na teoria da culpa administrativa ou do serviço público, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes é vista sob a ótica do direito privado, o que caracteriza um regime jurídico estritamente privatístico, mas desvincula a responsabilidade do ente estatal da idéia de culpabilidade do funcionário, passando a falar-se em culpa do serviço.*
>
> *Nesse caso, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos ou do mau funcionamento de um serviço da Administração, e em sendo assim, incide a responsabilidade estatal independentemente de qualquer indagação acerca da culpa do servidor.*
>
> *(...)*
>
> *Do acima exposto, tem-se que, em sendo o DETRAN o órgão estatal encarregado de tomar as providências atinentes ao registro, identificação, licenciamento e transferência de veículos, cabe-lhe, por seu turno, nos casos de transferência do veículo para proprietário diverso, efetuar a vistoria, que é um procedimento obrigatório e que, dentre outras irregularidades, visa identificar eventual alteração no chassis do veículo.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, quando da transferência do veículo, cabe ao Detran a verificação de que o chassi do mesmo encontra-se sem adulteração, sob pena de se permitir a transferência de automóvel possivelmente objeto de furto ou sinistrado, como ocorreu na hipótese dos autos, por negligência dos funcionários do apelado.*
>
> *Se o Detran não adotou todas as medidas ao seu dispor, permitindo a transferência de veículo com chassi adulterado, deve responder pelos prejuízos causados ao apelante. (...)*" (grifei).

A propósito, o entendimento deste Tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DETRAN I ADULTERAÇÃO DE CHASSI - TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO OBJETO DE FURTO - RESPONSABILIDADE - DANO MATERIAL COMPROVADO - DANO MORAL - CONFIGURADO - RECURSO PROVIDO.*

2 Art. 1º Na realização das vistorias de regularização e transferência em veículos previstos na Resolução n. 05/98, os órgãos de trânsito, ou empresas pelo DENATRAN credenciadas deverão coletar por meio óptico a numeração do chassi, do motor e da parte traseira do veículo com a numeração da placa de identificação legível e comparar com as numerações e restrições nas seguintes bases: I – o cadastro informatizado do veículo na BIN/RENAVAM; II – o cadastro informatizado do veículo em campo próprio da Base Estadual ou no campo das "observações" do CRV/CRLV; III – na documentação física existente nos órgãos.

3 Art. 7º Deverão ser imediatamente encaminhados à autoridade policial os veículos que apresentarem numeração de motor nas seguintes situações: I – com a numeração em desacordo com o padrão do fabricante e que não atenda ao disposto no art. 6º; II – com a numeração removida por qualquer tipo de processo constatados pela vistoria, ou ainda, formalmente devolvidos pela autoridade competente e recuperados em decorrência de furto ou roubo, que serão regularizados conforme as regras de gravação previstas nas alíneas "a" e "b" do art. 10; III – com a numeração vinculada a veículo furtado ou roubado, exceto se a mesma constar na BIN para o veículo apresentado e se o fabricante informar que o mesmo foi montado com aquele motor.

4 TJ/MS. 0807949-46.2011.8.12.0002 Apelação Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay Comarca: Dourados Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 22.01.2013. Data de registro: 05.02.2013.

Para se caracterizar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, é necessário que o terceiro lesado comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste, e, em havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal na prestação do serviço, ou sua má-prestação, e o dano experimento pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

Se o DETRAN permite a transferência de veículo, com adulteração de chassi, que posteriormente é apreendido pela polícia, tem o dever de indenizar o adquirente pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização de veículo objeto de furto.

A obrigação de reparar o dano moral sofrido possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Desde que comprovados nos autos os danos materiais sofridos pela vítima, impõe-se o dever de reparar." (0819549-82.2002.8.12.0001 Apelação Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 25.05.2009. Data de registro: 08.06.2009) - grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CULPA DO DETRAN PELO LICENCIAMENTO DE VEÍCULO COM CHASSI ADULTERADO – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

Se as vistorias e fiscalizações não tivessem sido prestadas de forma negligente pelo Detran, o autor não teria adquirido o veículo objeto de furto, e consequentemente não teria suportado os danos causados em razão dessa omissão. Trata-se erro grosseiro em não identificar veículo com chassi adulterado e esta função é da Autarquia, sob pena de enriquecimento sem causa, já que cobra pelo serviço e o serviço de fiscalização não está sendo prestado de forma adequada e eficiente. Portanto, presente os requisitos do ato ilícito do art. 186 do Código Civil emerge o dever de indenizar." (Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.003239-3, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Primeira Turma Cível, j., 30.11.2010) - grifei.

"APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DETRAN – VEÍCULO REGISTRADO PELA AUTARQUIA APREENDIDO POSTERIORMENTE POR SER OBJETO DE FURTO POSSUIR ADULTERAÇÃO VISÍVEL NO CHASSI – DESÍDIA NA REALIZAÇÃO DA VISTORIA – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

O Detran é responsável pelas alterações que faz nos registros de veículos cuja adulteração no chassi ou qualidade de furtado teria condições de averiguar, sobretudo porque este, para exercer este múnus, cobra taxas do contribuinte e torna confiável o serviço específico prestado.

O dano material é evidente, pois se traduz na perda da posse e propriedade do bem. Lucros cessantes não demonstrados.

Dano moral decorrente de frustração e contrariedade ante o desapossamento do bem adquirido com dificuldade e que auxiliava nas atividades do ofendido. Sentença de improcedência reformada." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.013375-0, Des. Dorival Renato Pavan, Quarta Turma Cível, j., 17.03.2009) - grifei.

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CORRETOR DE VEÍCULOS – VENDA DO BEM A TERCEIRO – VISTORIA REALIZADA PELO DETRAN – VEÍCULO APROVADO PARA CIRCULAÇÃO – TRANSFERÊNCIA EFETIVADA – APREENSÃO DO VEÍCULO – ADULTERAÇÃO DE CHASSI – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA – DANO MATERIAL COMPROVADO – DANO MORAL – CONFIGURADO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DA LEI 11.960/09 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Para se caracterizar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, necessário que o terceiro lesado comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste, e em havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal na prestação do serviço, ou sua má prestação, e o dano experimento pela vítima, impõe-se o dever de reparar.*
>
> *Se o DETRAN permite a transferência de veículo que, posteriormente, é apreendido por estar com o chassi adulterado, tem o dever de indenizar a quem de direito pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização. (...)."* (0807949-46.2011.8.12.0002 Apelação Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay Comarca: Dourados Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 22.01.2013) - grifei.
>
> *No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:*
>
> *"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. adulteração de chassi. falha na prestação de serviço. DANOS MORAIS configurados. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. (...)."* (AgRg no REsp 1296216/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.03.2012, DJe 23.03.2012) - grifei.

Ainda, *in casu*, não há que se falar em meros dissabores, pois não houve concorrência por parte do autor na produção do evento, bem como ficou demonstrada a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, estando, desse modo, presentes todos os requisitos autorizadores para o pagamento da indenização pleiteada.

Assim, ocorrendo falha na vistoria e, consequentemente, na prestação do serviço, presente está o dever de indenizar.

IV) Do valor da indenização por danos morais e materiais.

Uma vez estabelecida a responsabilidade da autarquia estadual pelos prejuízos de ordem material e moral suportados pelo apelante, passo à análise do pedido de indenização propriamente dito.

Como sabido, o valor a ser restituído a título de danos materiais deve estar devidamente comprovado. E, na presente situação o apelante anexou aos autos o contrato de compra e venda (fls. 12) por meio do qual se extraem as condições do negócio e o valor pago pelo veículo adquirido pelo apelante, qual seja, R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais).

Já a quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao autor um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida e de outro lado serve como fator de punição para que a empresa requerida reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

No caso vertente, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pelo requerente, verifica-se que o *quantum* indenizatório deve ser fixado em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

No que concerne a atualização monetária, partir de 29 de junho de 2009, conforme o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, *"para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."*

V) Das verbas de sucumbência.

Com o parcial provimento do recurso de apelação devem ser invertidos os ônus de sucumbência, que serão suportados inteiramente pelo Detran/MS tendo em vista o disposto no artigo 21, parágrafo único, do CPC[5].

Frise-se que o valor dos honorários advocatícios serão mantidos conforme estabelecidos em primeiro grau, em 15% sobre o valor da condenação (artigo 20, §3º, do CPC[6]).

VI) Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Ademir Faria Ribeiro, nego provimento ao Agravo Retido afastando a alegação de cerceamento de defesa aventada pelo recorrente. Quanto ao mérito, dou-lhe parcial provimento para, em reformando a sentença, condenar o DETRAN/MS ao pagamento da quantia de R$ 44.000,00, a título de danos materiais, bem como ao pagamento de R$ 15.000,00 pelos danos morais suportados pelo autor, cujos valores deverão seguir ao disposto na Lei n. 11.960/2009, que determina a obediência aos os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, até efetivo pagamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E IMPROVERAM O AGRAVO RETIDO, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

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

Campo Grande, MS, 08 de outubro de 2013.

***

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

6 Art. 20. § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço;c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0027935-56.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AGRAVO RETIDO – REVISIONAL DE CONTRATO E BUSCA E APREENSÃO – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE REALIZA A VENDA ANTECIPADA DO BEM SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – RESTITUIÇÃO DOS VALORES OBTIDOS COM A VENDA E DAQUELES DEPOSITADOS EM JUÍZO COM A FINALIDADE DE PURGAR A MORA – RECURSOS DO BANCO PREJUDICADOS – RECURSO DA DEVEDORA PROVIDO.

Havendo a venda antecipada do bem financiado, sem expressa autorização do juízo e, ainda, quando foi purgada a mora, deve ser restituída à devedora a diferença apurada entre o valor obtido com a alienação antecipada e a dívida por ela paga, do mesmo modo que os valores depositados em juízo para que o débito junto às instituição financeira fosse saldado.

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, julgar prejudicada a preliminar de agravo retido e o recurso do Banco Finasa e dar provimento ao recurso de Dayane Carla Carpenedo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos por Dayane Carla Carpenedo Casemiro e por Banco Finasa S/A inconformados com a sentença (fls. 108/121) proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Busca e Apreensão/ Revisional de Contrato, e que decidiu: *"**I)** em relação à **Ação Revisional de Contrato n.º 0013607-24.2010.8.12.0001,** solvendo o mérito da demanda**,** com respaldo no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, **julgo em pequena parte procedente o pedido de revisão contratual,** em específico para determinar que seja utilizada, exclusivamente, como encargo moratório, a comissão de permanência, assim entendida como a cumulação de **a)** juros remuneratórios que, no caso, deverão ser calculados conforme à taxa de juros contratada (Súmula 294 STJ); **b)** juros de mora de 1% ao mês (STJ, Súmula 379); e **c)** multa contratual, se pactuada, no limite de 2% (CDC, art. 52, § 1º), sendo vedada a cumulação com correção monetária ou qualquer outro encargo moratório ou remuneratório. **II)** em relação à **Ação de Busca e Apreensão n.º 0027935-56.2010.8.12.0001**, **julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, '**ex vi' do art. 267, incs. IV e VI, do CPC, uma vez que a devedora purgou suficientemente a mora,*

*do valor total de **R$ 3.229,81** (três mil duzentos e vinte e nove reais e oitenta e um centavos) extratos das subcontas n. 203212 e 181922 em anexo, correspondente às parcelas 11 à 20/48, com vencimentos em 10.01 à 10.10.10, respectivamente.*"

Dayane Carla Carpenedo Casemiro, em suas Razões Recursais (fls. 133/140), requer, em síntese, que lhe sejam devolvidos os valores depositados nas sub contas de n. 203212 e de n. 181922, considerando não ser possível a restituição do veículo objeto de busca e apreensão, tendo em vista a sua venda antecipada.

Banco Finasa S/A, em suas Razões Recursais (fls. 142/150), requer, preliminarmente, seja apreciado o Agravo Retido (fls. 65/69), por não ter se conformado com a decisão de primeiro grau (fls. 35/38) que autorizou "*a purgação da mora calculando somente as parcelas vencidas, bem como, determinou que o veículo não seja vendido antecipadamente, nem mesmo retirado da comarca.*"

Quanto ao mérito, sustenta que "*não se justifica a extinção da ação, razão pela qual, requer-se a anulação da sentença neste tópico considerando que ficou caracterizada a mora da devedora*", uma vez que houve depósito em juízo apenas das parcelas vencidas e não da integralidade da dívida.

Acrescenta, que "*não se pode cogitar a purgação da mora que, à toda evidência não se confunde com o simples pagamento das prestações vencidas até o ajuizamento da ação, mas deve observar o adimplemento de todas as prestações vencidas e vincendas, pois somente assim, se pode considerar convalescida a obrigação*."

Requer, ao final, que seja julgada procedente a ação de busca e apreensão para que seja consolidada a posse nas mãos do credor fiduciário.

Em Contrarrazões Recursais (fls. 134/140), o Banco Finasa S/A é pelo improvimento do recurso interposto por Dayane Carla Carpenedo Casemiro.

VOTO

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

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos por Dayane Carla Carpenedo Casemiro e por Banco Finasa S/A inconformados com a sentença (fls. 108/121) proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Busca e Apreensão/ Revisional de Contrato, e que decidiu: *"**I)** em relação à **Ação Revisional de Contrato n. 0013607-24.2010.8.12.0001,** solvendo o mérito da demanda**,** com respaldo no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, **julgo em pequena parte procedente o pedido de revisão contratual,** em específico para determinar que seja utilizada, exclusivamente, como encargo moratório, a comissão de permanência, assim entendida como a cumulação de **a)** juros remuneratórios que, no caso, deverão ser calculados conforme à taxa de juros contratada (Súmula 294 STJ); **b)** juros de mora de 1% ao mês (STJ, Súmula 379); e **c)** multa contratual, se pactuada, no limite de 2% (CDC, art. 52, § 1º), sendo vedada a cumulação com correção monetária ou qualquer outro encargo moratório ou remuneratório. **II)** em relação à **Ação de Busca e Apreensão n. 0027935-56.2010.8.12.0001**, **julgo extinto o processo, sem resolução do mérito,** ex vi do art. 267, incs. IV e VI, do CPC, uma vez que a devedora purgou suficientemente a mora, do valor total de **R$ 3.229,81** (três mil duzentos e vinte e nove reais e oitenta e um centavos) extratos das subcontas n. 203212 e 181922 em anexo, correspondente às parcelas 11 à 20/48, com vencimentos em 10.01 à 10.10.10, respectivamente.*"

Dayane Carla Carpenedo Casemiro, em suas Razões Recursais (fls. 133/140), requer, em síntese, que lhe sejam devolvidos os valores depositados nas subcontas de n. 203212 e de n. 181922, considerando não ser possível a restituição do veículo objeto de busca e apreensão, tendo em vista a sua venda antecipada.

Banco Finasa S/A, em suas Razões Recursais (fls. 142/150), requer, preliminarmente, seja apreciado o Agravo Retido (fls. 65/69), interposto em face da decisão de primeiro grau (fls. 35/38) que autorizou "*a purgação da mora calculando somente as parcelas vencidas, bem como, determinou que o veículo não seja vendido antecipadamente, nem mesmo retirado da comarca.*"

Quanto ao mérito, sustenta que "*não se justifica a extinção da ação, razão pela qual, requer-se a anulação da sentença neste tópico considerando que ficou caracterizada a mora da devedora*", uma vez que houve depósito em juízo apenas das parcelas vencidas e não da integralidade da dívida.

Acrescenta, que "*não se pode cogitar a purgação da mora que, à toda evidência não se confunde com o simples pagamento das prestações vencidas até o ajuizamento da ação, mas deve observar o adimplemento de todas as prestações vencidas e vincendas, pois somente assim, se pode considerar convalescida a obrigação*."

Requer, ao final, que seja julgada procedente a ação de busca e apreensão para que seja consolidada a posse nas mãos do credor fiduciário.

Em Contrarrazões Recursais (fls. 134/140), o Banco Finasa S/A é pelo improvimento do recurso interposto por Dayane Carla Carpenedo Casemiro.

Inicialmente, necessário uma breve síntese dos fatos para melhor compreensão da demanda.

Verifica-se que Dayane Carla Carpenedo ajuizou Ação Revisional de contrato em face do Banco Finasa BMC S/A alegando a abusividade das cláusulas do contrato firmado entre as partes (no valor total de R$ 13.830,72) para financiamento de uma motocicleta[1].

Após a distribuição da revisional de contrato, o Banco Finasa S/A ingressou com Ação de Busca e Apreensão em Alienação Fiduciária contra Dayane Carla em razão de os termos do contrato não estarem sendo cumpridos.

Houve o apensamento das ações (fls. 33).

O pedido para deferimento da liminar de busca e apreensão formulado pela instituição financeira foi deferido, conforme decisão abaixo transcrita, e cumprido (fls. 42/44):

> *"Tendo em vista a comprovação da ocorrência de inadimplemento contratual pela requerida e, em razão disso, estando evidenciada a ocorrência da mora, decorrente do 'simples vencimento do prazo para pagamento'* ***(Dec.-Lei n. 911/69, art. 2º, §2º), DEFIRO*** *o pedido de busca e apreensão formulado por* ***Banco Finasa S/A****.*
>
> *1 - Expeça-se, portando, mandado de busca e apreensão e depósito, depositando-se o vem objeto do pedido em favor da(s) pessoa(s) nominada(s) pelo requerente na inicial, mediante compromisso de não retirá-lo do território deste juízo dem prévia autorização judicial, o qual poderá ser prestado no próprio auto de busca, apreensão e depósito.*
>
> *2 - Por meio do mesmo mandado, cite-se a requerida para, querendo, responder à presente demanda, no prazo de 15 dias (****Dec.-Lei n. 911/69, art. 3º, §3º****), contados da juntada do mandado (****CF/88, art. 5º, inc. LIV e LV; e CPC, art. 241****).*

1 Marca Yamaha, modelo YBR Factos – 125 ED/2009, ano de fabricação 2008, cor azul, placa HTE5874.

> *3 - Consigne-se, ainda, no mandado que 5 dias após a citação 'consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do vem no patrimônio do credor fiduciário' (Dec.-Lei n. 911/69, art. 3º, § 1º).*
>
> *4 - No mesmo prazo, poderá a requerida purgar a mora, pagando as parcelas vencidas até a data do efetivo pagamento, acrescidas dos encargos moratórios previstos no contrato mais custas (inclusive de protesto) hipótese na qual o vem lhe será restituído livre do ônus decorrente do inadimplemento.*
>
> *5 - Registro, por fim, que, se o credor fiduciário pretender retirar o bem ca comarca ou optar pela venda antecipada deste, deverá fazê-lo - em respeito ao contraditório e ampla defesa - apenas após a citação da requerida e após o decurso do prazo para purgação da mora e, ainda assim, mediante* ***autorização judicial****. (...)" (fls. 35/38).*

Dayane juntou aos autos comprovantes de depósito judicial efetivados na subconta vinculada à ação revisional, requerendo a imediata restituição do veículo apreendido (fls. 45/56).

Considerando o cálculo apresentado pelo Banco Finasa S/A (fls. 29/30), facultou-se devedora que promovesse o complemento do depósito (fls. 58/61).

Dayane novamente "*compareceu aos autos comprovando o pagamento da parcela 10/48, com vencimento em 10.12.09, efetivada diretamente através do carnê (f. 86), bem ainda, juntando o comprovante de depósito judicial, da importância de R$ 1.882,05 (mil oitocentos e oitenta e dois reais e cinco centavos (f. 99)*" (fls. 110).

O Banco Finasa impugnou os valores depositados, por considerá-los insuficientes, já que não abrangeram a integralidade do débito.

Foi proferida sentença sendo o pedido formulado na ação revisional de contrato julgado parcialmente procedente. Já a ação de busca e apreensão foi extinta, sem resolução de mérito, porquanto a devedora purgou suficientemente a mora. (fls. 120).

Considerando a purgação da mora, o magistrado de primeiro grau ainda determinou que fosse imediatamente expedido o mandado para devolução do bem em favor da devedora.

Ocorre, todavia, que não foi possível o cumprimento do mandado acima mencionado, pois o veículo já tinha sido vendido em leilão, no dia 18/12/2010, e não mais se encontrava na Comarca. (fls. 131).

1) Do recurso interposto pelo Banco Finasa S/A.

Por não se conformar com a sentença de primeiro grau que extinguiu a ação de busca e apreensão sem julgamento de mérito, o Banco Finasa interpôs recurso de apelação requerendo, preliminarmente, que fosse analisado o Agravo Retido em que alegou não ser possível a purgação da mora com o depósito apenas das parecelas vencidas, relativas ao contrato de financiamento do veículo objeto da demanda, assim como que fosse possível a sua venda antecipada e a retirada da Comarca.

Quanto ao mérito, sustenta que "*não se justifica a extinção da ação, razão pela qual, requer-se a anulação da sentença neste tópico considerando que ficou caracterizada a mora da devedora*", uma vez que houve depósito em juízo apenas das parcelas vencidas e não da integralidade da dívida.

Todavia os recursos (Agravo Retido e de Apelação) devem ser julgados prejudicados.

A instituição financeira, conforme acima relatado, já promoveu a venda antecipada do bem, mesmo sem a autorização judicial e em desconformidade com a decisão de primeiro grau de fls. 35/38.

Verifica-se, que já tem consigo o valor obtido com a venda do veículo, tanto que o depositou em juízo, como se verifica às fls. 152/155.

Assim, prescindível, neste momento, qualquer discussão acerca da necessidade de autorização judicial para a venda antecipada do veículo, pois esta já ocorreu, bem como, a purgação da mora somente com o depósitos dos valores relativos às parcelas vencidas, tendo em vista que a integralidade da dívida já se encontra quitada.

Desse modo, fica prejudicada a análise do agravo retido e do recurso de apelação interpostos pelo Banco Finasa S/A.

2) Do recurso de apelação interposto por Dayane Carla Carpenedo.

A ora apelante pretende lhe sejam devolvidos os valores depositados nas subcontas de n. 203212 e de n. 181922, consignados em juízo (relativos às parcelas do financiamento obtido junto ao Banco Finasa S/A que estavam em atraso e às vencidas no curso da ação) considerando não ser possível a restituição do veículo objeto de busca e apreensão, tendo em vista a sua venda antecipada.

Requer, também, que seu nome seja excluído dos cadastros de inadimplentes.

De fato, razão lhe assiste.

Como já mencionado, a instituição financeira, após o deferimento da liminar de busca e apreensão, promoveu a venda do bem, uma motocicleta Yamaha, apesar de a recorrente ter purgado a mora, de acordo com a determinação do juízo de primeiro grau (efetuando o depósito das parcelas vencidas e as que se venceram no curso da ação).

Frise-se, o contrato entabulado entre as partes deveria ter sido mantido na forma em que foi pactuado, assim como deveria ter sido respeitada a decisão que não deferiu o pedido relativo à venda antecipada do automóvel e sua retirada da comarca.

No entanto, como o banco procedeu a venda antecipada do veículo objeto de alienação fiduciária, subverteu todos os princípios processuais e alguns princípios constitucionais, como o do devido processo legal.

Vale dizer que, com o simples deferimento da liminar de busca e apreensão não se pode admitir que estava consolidada a propriedade e a posse plena do credor fiduciário sobre o bem. Até porque houve a purgação da mora pela devedora, como considerou o juiz *a quo*.

Portanto, a instituição financeira só poderia ter procedido a alienação do bem financiado, desde que houvesse autorização judicial e quando estivesse consolidada a sua propriedade e posse plena sobre o veículo, o que não restou configurado na presente situação.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – BUSCA E APREENSÃO – LIMINAR DEFERIDA – REMOÇÃO DO BEM APREENDIDO E VENDA ANTECIPADA – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – LEI N. 10.931/04 DEVIDAMENTE APLICADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*

> *Enquanto não decorrido prazo legal previsto no art. 3º, §§ 2º e 3º, do Dec.-Lei n. 911/69 (alterado pela Lei n. 10.931/04) para purgação da mora ou oferta de defesa pelo devedor fiduciante, a posse plena do credor sobre o bem apreendido não pode ser consolidada, tampouco a venda antecipada do referido bem, sob pena de violação às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, CF).*
>
> *Recurso improvido"* (Agravo Regimental em Agravo - N. 2008.024586-6/0001-00 – Anastácio; Des. Rel. Paulo Alfeu Puccinelli; 3ª Turma Cível; Julgado em 13.10.2008).
>
> *"AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – LIMINAR DEFERIDA – VENDA ANTECIPADA DO BEM SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E ANTES DO PRAZO LEGAL DE 5 DIAS DE PURGAÇAO DA MORA. Tratando-se de ação de busca e apreensão com base em alienação fiduciária, o bem somente pode ser vendido pelo credor depois de decorrido o prazo legal de 5 dias e se não purgada a mora, mediante autorização do Juízo, conforme disposto na decisão concessiva da liminar, sob pena de o fiduciário ser condenado ao pagamento de multa de 50% do valor originalmente contratado, nos termos da Lei n. 10.931/2004, que modificou a redação do § 6º. do artigo 3º. do Decreto-Lei n. 911/1969."* (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2007.034665-3/0000-00 - Campo Grande; Des. Rel. Elpídio Helvécio Chaves Martins; 4ª Turma Cível; Julgado em 15.04.2008).

Desse modo, havendo a venda antecipada do bem financiado, sem expressa autorização do juízo e, ainda, quando já purgada a mora, deve ser restituída à devedora/ora apelante a diferença apurada entre o valor obtido com a alienação antecipada e a dívida por ela paga, do mesmo modo que os valores depositados em juízo, nas subcontas de n. 203212 e de n. 181922, para que o débito junto às instituição financeira fosse saldado.

Frise-se que tais valores deverão ser depositados na Agência do Banco Bradesco de n. 1902-0, conta corrente n. 0017572-2, em nome de José Ângelo da Silva Júnior (advogado inscrito sob a OAB/MS n. 12.880), conforme requerido pela recorrente.

Por fim, deve o nome de a apelante ser excluído dos cadastros de maus pagadores em relação aos contratos de financiamento objeto da presente demanda.

3) Dos honorários advocatícios.

Com o provimento do recurso de apelação interposto por Dayane, devem ser invertidos os ônus de sucumbência que serão integralmente arcados pelo Banco Finasa, considerando que a apelante (Dayane) sucumbiu em parte mínima de seus pedidos. (artigo 21, do CPC).

Como o magistrado de primeiro grau não estabeleceu o valor dos honorários advocatícios, tendo em vista a parte sucumbente ser beneficiária da justiça gratuita, fixo tal montante em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, considerando o grau de zelo e o trabalho realizado pelo advogado da parte autora, bem como o tempo de duração da demanda (aproximadamente quatro anos).

4) Dispositivo.

Diante do exposto, julgo prejudicado o agravo retido e o recurso de apelação interpostos pelo Banco Finasa BMC S/A, tendo em vista a venda antecipada do bem objeto de alienação fiduciária, mesmo sem a autorização judicial e quando já purgada a mora. Quanto ao apelo interposto por Dayane Carla Carpenedo Casemiro, dou-lhe provimento para que seja restituída à devedora a diferença apurada entre o valor obtido com a alienação antecipada e a dívida por ela paga, do mesmo modo que os valores depositados em juízo, nas subcontas de n. 203212 e de n. 181922.

Determino, ainda, que o montante a ser liberados em favor de Dayane Carla Carpenedo Casemiro deverá ser depositado na Agência do Banco Bradesco de n. 1902-0, conta corrente n. 0017572-2, em nome de José Ângelo da Silva Júnior (advogado inscrito sob a OAB/MS n. 12.880).

Por fim, ficam invertidos os ônus de sucumbência que devem ser inteiramente arcados pelo Banco Finasa S/A, sendo que o valor dos honorários advocatícios estabelecidos em R$ 3.000,00, consoante disposição do artigo, 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADA A PRELIMINAR DE AGRAVO RETIDO E O RECURSO DO BANCO FINASA E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE DAYANE CARLA CARPENEDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4006872-02.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PORTE DE ARMA DESMUNICIADA E CONCURSO FORMAL – QUESTÕES MANIFESTAMENTE CONTRÁRIAS AO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ERRO GROSSEIRO DA BANCA EXAMINADORA – POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO DECLARAR A SUA NULIDADE, ATRIBUINDO AO CANDIDATO A RESPECTIVA PONTUAÇÃO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Embora seja vedado, a princípio, ao judiciário, interferir na correção de prova de concurso público, em respeito à separação dos poderes, consagrada na Constituição Federal, a jurisprudência admite a ingerência no mérito administrativo, quando houver erro grosseiro.

Considerando que o gabarito oficial conferiu resultado, cujo entendimento diverge daquele perfilhado pela atual corrente do Superior Tribunal, não há como deixar de anular a questão, atribuindo o respectivo ponto, ao candidato que se insurgiu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Ausentes, por férias, o Des. Paschoal Carmello Leandro e o Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, MS, 7 de outubro de 2013.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Carlos Humberto Naves Júnior, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, consubstanciado no gabarito oficial publicado, referente à questão n. 39, da prova objetiva realizada em 09.06.13, do concurso público de provas e títulos/DP/PCMS/2013, para o cargo de delegado de polícia.

Aduz que a alternativa tida como correta está em sentido diametralmente oposto à jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, tornando, desse modo, ilegal a manutenção da validade da questão n. 39 e, por consequência, da classificação conferida ao impetrante.

Acrescenta que as autoridades coatoras não apresentaram fundamentação ao indeferir o seu recurso, desrespeitando, com isso, a regra contida no artigo 93, X, da Constituição Federal e no artigo 50, III, da Lei Federal n. 9.784/99, com aplicação subsidiária no âmbito estadual.

Afirma que com a nulidade da questão n. 39, obteria 55 pontos, atingindo, desse modo, a média necessária para participar das próximas etapas do certame.

Pede a concessão de liminar para que seja assegurada a sua participação na prova discursiva designada para o dia 14.07.2013.

Pugna, ao final, pela concessão da segurança, para que seja declarada a nulidade da questão n.º 39 da prova objetiva, atribuindo-se, por consequência, a pontuação ao impetrante.

Juntou os documentos de f. 11-258 e atribuiu à causa o valor de R$ 100,00 (cem reais).

A liminar foi deferida às fls. 260/262.

As autoridades coatoras prestaram informação alegando, em síntese, que para verificar o direito líquido e certo alegado na inicial seria necessário realizar instrução probatória, além da análise de cada questão formulada pela Banca, bem como dos fundamentos apresentados, justificadores da resposta correta, adentrando-se, desse modo, no mérito administrativo.

Acrescentam que a questão impugnada está de acordo com a Jurisprudência do Superior Tribunal, conforme os julgados relacionados pelos examinadores (fl. 278).

Afirmam que o pedido formulado pelo impetrante "*deságua em revisão de critérios de correção de prova, intento não amparado pela jurisprudência majoritária, ante a impossibilidade de o Judiciário se substituir à banca examinadora*" (fl. 279).

Desse modo, requerem a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 288/299, opina pela concessão da segurança.

VOTO

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

Carlos Humberto Naves Júnior, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, consubstanciado no gabarito oficial publicado, referente à questão n. 39, da prova objetiva realizada em 09.06.13, do concurso público de provas e títulos/DP/PCMS/2013, para o cargo de delegado de polícia.

Aduz que a alternativa tida como correta está em sentido diametralmente oposto à jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, tornando, desse modo, ilegal a manutenção da validade da questão n. 39 e, por consequência, da classificação conferida ao impetrante.

Acrescenta que as autoridades coatoras não apresentaram fundamentação ao indeferir o seu recurso, desrespeitando, com isso, a regra contida no artigo 93, X, da Constituição Federal e no artigo 50, III, da Lei Federal n. 9.784/99, com aplicação subsidiária no âmbito estadual.

Afirma que com a nulidade da questão n. 39, obteria 55 pontos, atingindo, desse modo, a média necessária para participar das próximas etapas do certame.

Pede a concessão de liminar para que seja assegurada a sua participação na prova discursiva designada para o dia 14.07.2013.

Pugna, ao final, pela concessão da segurança, para que seja declarada a nulidade da questão n. 39 da prova objetiva, atribuindo-se, por consequência, a pontuação ao impetrante.

Juntou os documentos de f. 11-258 e atribuiu à causa o valor de R$ 100,00 (cem reais).

A liminar foi deferida às fls. 260/262.

As autoridades coatoras prestaram informação alegando, em síntese, que para verificar o direito líquido e certo alegado na inicial seria necessário realizar instrução probatória, além da análise de cada questão formulada pela Banca, bem como dos fundamentos apresentados, justificadores da resposta correta, adentrando-se, desse modo, no mérito administrativo.

Acrescentam que a questão impugnada está de acordo com a Jurisprudência do Superior Tribunal, conforme os julgados relacionados pelos examinadores (fl. 278).

Afirmam, que o pedido formulado pelo impetrante "*deságua em revisão de critérios de correção de prova, intento não amparado pela jurisprudência majoritária, ante a impossibilidade de o Judiciário se substituir à banca examinadora*" (fl. 279).

Desse modo, requerem a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 288/299, opina pela concessão da segurança.

De início, observo que apesar de o impetrante não ter interposto recurso administrativo contra a correção de sua prova, a doutrina[1] é assente no sentido de que "*inexiste necessidade de esgotamento da via administrativa como condição para impetração do mandado de segurança, uma vez que o art. 5º, XXXV, da CF contempla o princípio da inafastabilidade da jurisdição, exceto em relação à Justiça Desportiva, por expressa previsão constitucional*."

Embora seja vedado, a princípio, ao judiciário, interferir na correção de prova de concurso público, em respeito à separação dos poderes, consagrada na Constituição Federal, a jurisprudência admite, a ingerência no mérito administrativo, quando houver erro grosseiro.

Nessa hipótese é permitido ao judiciário ir além do exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, não ficando, portanto, restrito ao controle da legalidade.

Confira-se:

> *"O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível primo ictu oculi, de plano, sem maiores indagações, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público."*[2]

1 José Antônio Remédio, Mandado de Segurança individual e coletivo, 3ª ed., p. 272/273.

2 STJ - Recurso Especial n. 722.586/MG, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 23.08.05.

> *"É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresenta 'primo icto oculi'."*[3]

Seguindo essa linha de entendimento, se pode notar, que de fato, a resposta apontada como "certa" pela banca examinadora, para os itens 3 e 4 da questão de n. 39, na verdade, não corresponde à atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Isso porque, no item 3 da pergunta de n. 39, foi considerada atípica a conduta de portar arma desmuniciada, e no item 4 da mesma pergunta, o porte de arma e de munição foi considerado concurso formal de crimes, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça vislumbra, para a primeira conduta, a prática do crime previsto no artigo 14, da Lei n. 10.826/03[4] (Porte ilegal de arma de fogo) e, para a segunda, a ocorrência de crime único.

Como se verifica, a banca adotou no certame, premissa manifestamente contrária àquela defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, conquanto tenha pretendido, nas alternativas de resposta, que o candidato respondesse em consonância com o entendimento da citada Corte.

Ao fazer isso e considerar como correta a alternativa "b", as autoridade impetradas incorreram em erro grosseiro perceptível *primo ictu oculi*, pois não reflete o posicionamento dominante das Turmas Julgadoras que compõe aquele Tribunal.

Considerando que a questão exigia o conhecimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, representa um contrasenso admitir resposta em sentido oposto, tal como procedeu a banca examinadora, que utilizou corrente ultrapassada, de há muito, para justificar o posicionamento adotado em recursos de outros candidatos (fl. 278).

Conforme assinalado no judicioso parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, "*não se pode admitir que bancas de concursos públicos adotem posicionamento dissonantes com a jurisprudência pátria, especialmente quando se trata de uma questão cujo ponto nevrálgico é justamente o conhecimento do candidato sobre o posicionamento de tribunal superior acerca de tema específico*" (fl. 297).

Inexistindo dúvida de que o Superior Tribunal de Justiça considera conduta típica o porte ilegal de arma de fogo desmuniciada (HC 211.823-SP, HC 249320/MS, HC 178320/SC, AgRg no AREsp 15202/MS e HC 211.823/SP) e crime único o porte de mais de uma arma de fogo, acessório ou munição (HC 194697/SP, HC 148.349/SP, HC 106.233/SP), assiste razão ao impetrante, em pleitear a nulidade da questão de n. 39, a fim de atingir pontuação superior à nota de corte, lhe permitindo seguir para a fase 2ª fase do concurso.

Como visto, o acolhimento do direito perseguido na inicial não demanda a produção de provas, sendo aquelas carreadas aos autos, suficientes para decidir a *vexata quaestio*.

Em face do exposto, com o parecer, concedo a segurança, para anular a questão de n.º 39, atribuindo ao impetrante a pontuação a ela conferida pela banca examinadora.

3 STJ – RMS n. 24080/MG, 2ª Turma, rel. Minª. Eliana Calmon, j. 29.06.07.

4 Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTES, POR FÉRIAS, O DES. PASCHOAL CARMELLO LEANDRO E O JUIZ VILSON BERTELLI.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Juiz Vilson Bertelli e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 07 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0002102-51.2011.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DE DIÁRIAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS VIAGENS NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS – RECURSO IMPROVIDO, COM O PARECER.

A caracterização do dano ao erário exige-se o dolo genérico, que está caracterizado no caso dos autos porquanto não houve comprovação de que as viagens realizadas pelo apelante foram no interesse da Administração.

A alegação de que a Resolução n. 001/97 do Município não exige comprovação de despesas não pode prosperar porquanto a Constituição Federal proíbe atos dos agentes públicos que violem a publicidade, eficiência, legalidade, moralidade e supremacia do interesse pública, incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da Magna Carta Brasileira). Esse legitimado possui competência para exigir a comprovação dos gastos enquanto o agente possui o dever de responder sob pena de enquadramento em ato de improbidade administrativa. A afirmação de que não há necessidade de prestação de contas porque as diárias são pagas em valor fixo, outra vez se esbarra no texto constitucional e nos princípios da moralidade administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRIMEIRO RÉU – PAGAMENTO DE DIÁRIAS PELO PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES – NÃO CARACTERIZA O DOLO – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO ÀS PENAS PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE – FALTA DO ELEMENTO SUBJETIVO – SEGUNDO RÉU – RECEBIMENTO DE DIÁRIAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS VIAGENS NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS – PENA RAZOÁVEL EM DECORRÊNCIA DO FATO PRATICADO – DESNECESSIDADE DE AUMENTOS DAS SANÇÕES – RECURSO IMPROVIDO, CONTRARIANDO O PARECER.

Não houve comprovação da má-fé ou culpa do presidente da câmara de vereadores no pagamento das diárias requeridas por Adriano, de maneira que, não havendo intenção de enriquecer o colega-vereador indevidamente, não há como responsabilizá-lo pelo ato ou mesmo incursioná-lo nas penas da Lei de Improbidade.

Dessa forma, a decisão está adequada ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que não há ato de improbidade administrativa porque "*O dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92*" (REsp. n. 1.231.150/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, SegundaTurma, julgado em 13.3.2012, DJe 12.4.2012.)

O alicerce nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade justifica a rejeição da insurgência do requerente quanto à imposição de sanção mais severa do que a devolução ao erário do valor recebido indevidamente. A penalidade deve ser condizente com o ilícito praticado, sem que isso implique prestígio à impunidade, daí a exigência do artigo 12, *caput*, da Lei n. 8.429/92 de adequar a sanção à "gravidade do fato".

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 aos recursos, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Ministério Público Estadual apela da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proposta em desfavor de Adriano Palopoli e Mário Ferreira de Oliveira, para condenar apenas o primeiro requerido a restituir aos cofres públicos os valores referentes às diárias recebidas nos dias 15.09.2009; 16.09.2009 e 24.11.2009, corrigidos e acrescidos de correção monetária.

A motivação do recurso reside no pedido de condenação do réu Adriano Palopoli às penas do artigo 12, incisos I e III da Lei 8.429/92 – perda da função pública, suspensão de direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público- diante da gravidade de sua conduta como agente público.

Quanto ao réu Mário Ferreira de Oliveira, requer sua condenação por ato de improbidade administrativa, argumentando sua responsabilidade pelo pagamento das diárias irregulares por ser Presidente da Câmara Municipal na época dos fatos. Esclarece que Mário, como presidente, detinha o dever legal de exigir e conferir a prestação de contas relativas às diárias requeridas pelos vereadores.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que prosperem as condenações aduzidas.

Sem resposta conforme certidão de f. 613.

Por sua vez, Adriano Palopoli também recorre da sentença.

Pondera que houve o reconhecimento da realização das viagens nas datas debatidas sendo certo que é válido o recebimento das diárias.

Acrescenta que a Resolução n. 001/97, que regulamenta a matéria, dispensa a comprovação da realização das viagens e que, como as diárias são pagas em preço fixo, não persiste a necessidade de prova dos gastos despendidos.

Finalmente, requer o provimento do seu recurso para rejeição dos pedidos iniciais.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 616/624 pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça inquina-se pelo provimento do recurso do Ministério Público e improvimento do recurso de Adriano Palopoli.

VOTO

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

Contornos fáticos da lide.

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa em face de Adriano Palopoli e Mário Ferreira de Oliveira objetivando suas condenações por ato de improbidade consistente em dano ao erário pelo recebimento (primeiro réu) e pagamento (segundo réu) indevido de diárias pagas pela Câmara dos Vereadores do Município de Nova Andradina.

A douta condutora do processo julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar apenas Adriano Palopoli à devolução do dinheiro recebido indevidamente porquanto entendeu que não restaram comprovadas as viagens com a finalidade de atendimento ao interesse público.

Quanto a Mário Ferreira de Oliveira, a magistrada o absolveu sob a alegação de que não restou comprovada a sua má-fé, de forma deliberada, no pagamento das diárias enquanto presidente da Câmara de Vereadores.

Irresignados, Ministério Público e Adriano Palopoli recorrem da sentença.

Recurso de Adriano Palopoli.

O apelante pondera que houve o reconhecimento da realização das viagens nas datas debatidas sendo certo que é válido o recebimento das diárias.

Acrescenta que a Resolução 001/97, que regulamenta a matéria, dispensa a comprovação da realização das viagens e que, como as diárias são pagas em preço fixo, não persiste a necessidade de prova dos gastos despendidos.

Pois bem.

A Constituição da República, em seu artigo 37, ao dispor sobre a Administração Pública, elenca como princípios de observância obrigatória os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A autoridade dessas normas é reforçada pelo artigo 4º da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, comumente chamada de lei de improbidade administrativa, *verbis*: "*Os agentes públicos de qualquer nível e hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato de assuntos que lhe são afetos*".

No caso *sub judice*, a controvérsia cinge-se à violação dos **princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade** e configuração de improbidade administrativa quando do recebimento de diárias sem a comprovação de que as viagens atenderam ao interesse público.

Lastreada nos princípios em voga, a conduta que se exige do agente público deve ser pautada pela honestidade, imparcialidade, probidade, boa-fé, dignidade e lisura, objetivando, sobretudo, atender ao interesse público.

Destarte, o ato de improbidade administrativa consoante figuras do artigo 11 da Lei n. 8.429/92 não exige dolo específico, ou seja, o indisfarçável propósito de enriquecer-se ilicitamente, lesionar o erário ou violar seus vetores constitucionais. Para tanto, basta o dolo *lato sensu*, genérico, que se aperfeiçoa com o simples descumprimento deliberado do comando legal, dele decorrendo a consecução de fim contrário ou estranho ao comum.

Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. ORDEM JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO.1. A jurisprudência atual desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.* ***Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei n. 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente****. [...] 3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1352541/MG. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento 5.2.2013. Publicação DJe 14.2.2013) (grifo nosso).

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. NECESSIDADE DO DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. TEMA PACIFICADO NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 168/STJ. 1. '****A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico****' (EREsp 772.241/MG, Relator Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011). Outros precedentes: AgRg nos EREsp 1.260.963/PR, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3/10/2012; e AgRg nos EAREsp 62.000/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/9/2012. 2. Agravo regimental não provido"* (AgRg nos EREsp 1312945/MG. Primeira Seção. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento 12.12.2012. Publicação DJe 1.2.2013) (grifo nosso).

Esse entendimento encontra guarida também no Supremo Tribunal Federal, como se vê da decisão do Ministro Cézar Peluso no RE 567.460:

> *"[...] basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.*
>
> *[...] a lesividade decorre da ilegalidade. Está ela in re ipsa*. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente, no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável a existência de lesão." (Julgamento 5.11.2009).

Assim, infere-se que para a caracterização do dano ao erário exige-se o dolo genérico, que está caracterizado no caso dos autos porquanto não houve comprovação de que as viagens realizadas pelo apelante foram no interesse da Administração.

A alegação de que a Resolução n. 001/97 do Município não exige comprovação de despesas não pode prosperar porquanto a Constituição Federal proíbe atos dos agentes públicos que violem a publicidade,

eficiência, legalidade, moralidade e supremacia do interesse pública, incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da Magna Carta Brasileira). Esse legitimado possui competência para exigir a comprovação dos gastos enquanto o agente, o dever de responder sob pena de enquadramento em ato de improbidade administrativa.

De outro lado, a afirmação de que não há necessidade de prestação de contas porque as diárias são pagas em valor fixo, outra vez se esbarra no texto constitucional e nos princípios da moralidade administrativa, devendo ser rechaçado o argumento, nos termos como decididos na sentença.

Portanto, a conclusão da sentenciante deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso de Ministério Público.

a) Réu Mário Ferreira de Oliveira.

O Ministério Público requer sua condenação por ato de improbidade administrativa, argumentando sua responsabilidade pelo pagamento das diárias irregulares por ser Presidente da Câmara Municipal na época dos fatos. Esclarece que Mário, como presidente, detinha o dever legal de exigir e conferir a prestação de contas relativas às diárias requeridas pelos vereadores.

Como bem ponderado na sentença, não houve comprovação da má-fé ou culpa do presidente da câmara de vereadores no pagamento das diárias requeridas por Adriano, de maneira que, não havendo intenção de enriquecer o colega-vereador indevidamente, não há como responsabilizá-lo pelo ato ou mesmo incursioná-lo nas penas da Lei de Improbidade.

Dessa forma, a decisão está adequada ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que não há ato de improbidade administrativa porque *"O dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92"* (REsp. n. 1.231.150/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, SegundaTurma, julgado em 13.3.2012, DJe 12.4.2012.)

Vejamos, ainda, julgados do ano de 2012 do Superior Tribunal Justiça acerca do tema:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 168/STJ. 1. É firme a jurisprudência no sentido de que a configuração do elemento subjetivo da conduta do agente é indispensável para a caracterização dos atos de improbidade de que trata a Lei n. 8.429/92. 2. Para que o ato praticado pelo agente público seja enquadrado em alguma das previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consolidado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/92. 3. Incidência da Súmula 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." Agravo regimental improvido.* (AgRg nos EREsp 1260963 / PR AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2012/0108459-0 Ministro HUMBERTO MARTINS DJe 03.10.2012).

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REALIZAÇÃO DE DESPESAS SEM OS PRÉVIOS EMPENHOS. ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE JUÍZO DE VALOR QUANTO À EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE EVENTUAL ATUAÇÃO DOLOSA DO AGENTE. REQUISITOS DOS TIPOS. CONDUTA INSERIDA NO CAMPO*

DA MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011 REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010. 2. A leitura atenta do acórdão evidencia que o ex prefeito, ora recorrente, foi condenado pela violação dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 por ter efetuado o pagamento de despesas sem os prévios empenhos, sem que, no entanto, tenha sido realizado o juízo de valor quanto à ocorrência, ou não, de prejuízo ao erário da Municipalidade de Tapejara/PR, bem como no concernente à sua eventual atuação dolosa. Logo, deve ser reformado o acórdão recorrido, pois, à toda evidência, nã há a subsunção da conduta reputada ímproba aos tipos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, os quais reclamam, respectivamente, o efetivo prejuízo e a atuação dolosa do agente. 3. A conduta do ex-prefeito, ora recorrente, está inserida no campo da mera irregularidade administrativa. Tanto assim, que o próprio acórdão recorrido, a despeito de tê-lo condenado, tão somente asseverou que "[...] o ex-prefeito municipal desobedeceu o procedimento legalmente estatuído para a realização de despesas [...]" (fl. 5.947). Precedentes: REsp 1.179.144/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/12/2010; e REsp 1.036.229/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 2/2/2010. 4. Recurso principal conhecido e, no mérito, prejudicado. Recurso adesivo conhecido e provido". (REsp 1322353 / PR RECURSO ESPECIAL 2011/0215535-5 Ministro BENEDITO GONÇALVES DJe 27.08.2012).

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO. ANÁLISE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO". (AgRg no AREsp 187038 / RN AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0116810-4 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI DJe 22.08.2012).

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. DOLO OU PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADOS. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. 2. Para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12). 3. "A tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11). 4. Caso em que o Tribunal de origem, considerando "irrelevante a prova do dolo ou má-fé do agente ou terceiro

> *causador do dano para imposição da condenação de ressarcimento ao erário" (fl. 503e), deu provimento ao apelo do recorrido e condenou o recorrente, ex-prefeito, pela prática de ato de improbidade administrativa, consistente na contratação, sem prévio concurso público, de trabalhadores para a prestação de serviços de capina e limpeza de vias públicas do município. 5. Não havendo demonstração da existência de dolo do ora recorrente na prática dos atos tidos por ilegais ou de que eles tenham causado dano ao erário (de acordo com a sentença, os contratados prestaram os serviços regularmente e receberam a devida remuneração, sem prejuízo para a Administração Pública), não há falar em improbidade administrativa. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, nos termos da sentença".* (REsp 1269564/MG RECURSO ESPECIAL 2011/0124431-3 Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA DJe 28.06.2012).

Como visto, as penas previstas na Lei n. 8.429/92 não se aplicam *in casu*, porque não caracterizada a improbidade, já que ausente o elemento subjetivo.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório, com muita propriedade, afirma que o elemento subjetivo é imprescindível para configuração do ato ímprobo, senão vejamos:

> *"Não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente. A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isso se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva. Sem tais peculiaridades, a conduta não pode se enquadrar na enfermidade que se pretende diagnosticar"* (*in* Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 291).

Na mesma senda são as lições de Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, *in verbis*:

> *"[...] estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão 'culposa' inserta no caput do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raias da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário"* (*apud* Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 108).

Portanto, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e por não estar presente na conduta do apelado a má-fé e o dolo e, também, não ter ele causado prejuízo ao Município de Nova Andradina, nem mesmo dado azo à enriquecimento ilícito, não se justifica a aplicação de penas tão severas.

b) Réu Adriano Palopoli.

A motivação do recurso do Ministério Público quanto a Adriano reside no pedido de condenação do réu às penas do artigo 12, incisos I e III da Lei n. 8.429/92 – perda da função pública, suspensão de direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público – diante da gravidade de sua conduta como agente público.

O alicerce nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade justifica a rejeição da insurgência do requerente quanto à imposição de sanção mais severa do que a devolução ao erário do valor recebido indevidamente. A penalidade deve ser condizente com o ilícito praticado, sem que isso implique prestígio à impunidade, daí a exigência do artigo 12, *caput*, da Lei n. 8.429/92 de adequar a sanção à "gravidade do fato".

As penas de perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público são drásticas demais frente às circunstâncias inúmeras vezes relatadas nos autos.

Então, sobreleva somente a imposição de ressarcimento ao erário, que corrigida e acrescida de correção monetária, mostra-se adequada.

Este Tribunal de Justiça, em caso análogo, decidiu:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EX-PREFEITO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CARACTERIZADO E PROVADO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS PELA APLICAÇÃO DA MULTA CIVIL PREVISTA – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública. E essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo).* ***A aplicação das sanções da Lei nº 8429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade****"* (Apelação Cível n. 2012.001840-6/0000-00 - Aparecida do Taboado. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento 13.3.2012) (grifo nosso).

Pelas extensas razões expostas acima, não comporta a sentença qualquer reparo, devendo, por isso, manter-se incólume.

Conclusão.

Posto isso, em parte com o parecer, nego provimento a ambos os recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

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

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, MS, 08 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800843-70.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – ATINGIDA MAIORIDADE PELOS ALIMENTANDOS – OBRIGAÇÃO FUNDAMENTADA NAS RELAÇÕES DE PARENTESCO – NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA – EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA E NÃO INVESTIMENTO EM EDUCAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Atingida a maioridade pelos alimentandos, a necessidade em receber os alimentos não mais é presumível, devendo haver prova da impossibilidade de custeio do sustento próprio, porque obrigação de prestá-los deixa de fundar-se no poder familiar e passa a ter alicerce nas relações de parentesco. Não pode perder-se de vista, ademais, que o dever de prestar alimentos deve socorrer aos efetivamente necessitados e não servir de estímulo à ociosidade.

No caso em apreço, os alimentandos, com 24 e 22 anos de idade, não demonstraram a necessidade em perceber os alimentos, porque, além de possuírem imóvel residencial próprio, exercem atividade remunerada e estão sem frequentar as aulas do curso superior há mais de ano, o que determina a exoneração do apelante da obrigação alimentar.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

J. L. D. apelou da sentença que rejeitou o pedido deduzido na exordial da Ação de Exoneração de Alimentos proposta em desfavor de J. P. D. e E. M. D.

Afirmou, resumidamente, que a persistência da obrigação alimentar amparou-se na necessidade de auxiliar os apelados, já maiores de 18 anos, no custeio da educação, pois ambos frequentam curso superior. A despeito da conclusão do magistrado singular, eles não necessitam dos alimentos, pois, consoante prova carreada aos autos, possuem imóvel residencial avaliado em mais de R$ 350.000,00, trabalham e não são alunos assíduos e dedicados.

Destacou, em seguida, que o primeiro apelado, que é empresário, no primeiro semestre de 2007, reprovou em 11 matérias no curso de Administração, sendo obrigado a interromper os estudos e só procedeu

à rematrícula em fevereiro de 2011, após ser citado na presente ação. Acrescentou que o segundo apelado, embora matriculado no curso de Direito, não frequentava às aulas, não submeteu-se às provas e foi reprovado no primeiro semestre do curso.

Sustentou que "[...] *conforme demonstrado nas suas manifestações encontrava-se em dia com o pagamento da pensão alimentícia, muito embora e de forma triste havia constatado que os valores pagos a título de pensão estavam sendo desperdiçados e não utilizados para a finalidade precípua da pensão. Aliás, este foi um dos motivos que ensejou o ajuizamento da presente ação exoneratória*" (f. 181) *[sic]*.

Disse, ato contínuo, que contrariamente ao que consta da sentença, nunca foi preso em razão do adimplemento da obrigação alimentar; embora expedido mandado de prisão, este não foi cumprido, porque sempre prestou os alimentos aos apelados como determinado em juízo.

Finalizou pugnando pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e, consequentemente, julgar procedente o pedido inicial, bem assim inverter os ônus de sucumbência. Colacionou os documentos de fs. 188-198.

A seu turno, os apelados, em contrarrazões (fs. 203-209), rebateram os argumentos da apelação e defenderam a manutenção *in totum* da sentença.

Às fs. 259-262 o julgamento foi convertido em diligência, ordenando-se a expedição de ofício à Universidade Anhanguera-Uniderp, solicitando informações sobre a frequência, médias e histórico dos apelados nos cursos em que estavam matriculados. A resposta veio às fs. 265-272.

VOTO

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

J. L. D. ajuizou esta Ação de Exoneração de Alimentos em face de J. P. D. e E. M. D., alegando, em síntese, que eles já atingiram a maioridade civil, possuem renda própria – o primeiro é empresário do ramo de informática e o segundo exerce atividade remunerada – e, também por não estarem estudando, não mais fazem jus aos alimentos.

O magistrado sentenciante decidiu pela parcial acolhida da pretensão, com redução da pensão alimentícia, consignando que os alimentandos estão frequentando curso superior, cujo trancamento da matrícula quanto ao primeiro ocorreu em razão da falta de pagamento dos alimentos. Outrossim, o rendimento deles é insuficiente para arcar com os custos da sua educação.

Contra essa conclusão se volta o recurso de apelação, que deve ser provido. Explico.

Acerca da obrigação alimentar, rezam os artigos 1.694 a 1.696 do Código Civil:

> *"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 necessidade de sua educação.*
>
> *§ 1º 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".*

> *"Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros".*

Alimentos são prestações que visam atender às necessidades básicas vitais daquele que não pode provê-las por si, cuja prestação somente se faz obrigatória se demonstradas a incapacidade do alimentando e a possibilidade financeira do alimentante.

Com a propriedade que lhe é ínsita, o mestre Yussef Said Cahali leciona sobre a obrigação alimentar do genitor em relação ao filho maior de 18 anos:

> *"A obrigação alimentar é recíproca (CC/2002, art. 1.696), nasce depois de cessada a menoridade e, com isso, o poder familiar, não mais encontrando limitação temporal; sujeita-se, contudo, aos pressupostos da necessidade do alimentando e das possibilidades do alimentante (CC/2002, art. 1.695), exaurindo-se o seu adimplemento numa obrigação de dar, representada pela prestação periódica de uma quantia fixada segundo aquelas condições; em tese, não compreende, necessariamente, as despesas com a educação.*
>
> *[...]*
>
> *Não se põe em dúvida que o filho que vinha sendo sustentado pelo genitor, em razão do poder familiar, atingida a maioridade, vê nascer em seu benefício um direito de alimentos, agora condicionado à verificação dos pressupostos do art. 1.695 do CC/2002 [...]"* (*apud* Dos Alimentos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 452).

No caso em apreço, considerando que os apelados já atingiram a maioridade – o primeiro tem 24 anos de idade (certidão de nascimento à f. 13) e o segundo, 22 anos (certidão de nascimento à f. 14) –, a obrigação alimentar, não mais decorrente do poder familiar, que já se extinguiu, está condicionada à demonstração da efetiva necessidade.

É incontroverso nos autos que os apelados residem em imóvel próprio e exercem atividade remunerada. Também não se discute a possibilidade financeira de apelante. O conflito cinge-se à obrigação ou não de o apelante continuar prestando-lhes alimentos, viabilizando a educação dos filhos.

Convertido o julgamento em diligência, ordenou-se a requisição de informações à Universidade Anhanguera-Uniderp quanto à frequência e desempenho dos apelados, o que foi atendido às fs. 265-272.

A instituição de ensino declarou que o apelado J. P. D. "*esteve regularmente matriculado na 8ª série do curso Administração [...] no primeiro semestre de 2012*" (f. 270) e que o apelado E. M. D "*esteve regularmente matriculado na 2ª série do curso de Administração [...] no segundo semestre de 2011.*" (f. 267). Anote-se que o curso de Administração é de regime semestral com 8 séries.

Dessome-se que, embora recebendo até hoje os alimentos, os apelados não estão frequentando as aulas do curso superior. O primeiro apelado não está estudando há mais de um ano e o segundo há praticamente dois anos, o que se coaduna com a alegação do apelante, sobretudo porque eles possuem rendimentos e não apresentaram outros elementos que justificam a obrigação alimentar.

Ademais, o apelado J. P. D. iniciou o curso de Administração (que é de 4 anos) há quase 7 anos, interrompeu os estudos e, tão logo cientificado do ajuizamento desta ação, requereu sua rematrícula (f. 35), mas logo depois cessou novamente. Já o Eduardo, quando citado, estava no ensino fundamental, havia realizado o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM e não estava frequentando curso superior. Depois de citado, matriculou-se e só concluiu o primeiro semestre do curso de Direito (fs. 44-45), abandonando os estudos.

Essas circunstâncias comprovam que a alegada necessidade de custeio da educação, em verdade, não passa de subterfúgio para os apelados continuarem percebendo os alimentos, o que não pode ser tolerado pelo Judiciário.

Como já consignado, depois que o alimentando completa 18 anos de idade, se não for incapaz, não mais há presunção da necessidade dos alimentos, devendo ele apresentar provas da impossibilidade de custeio do sustento próprio, não podendo a obrigação alimentar consistir num instrumento de estímulo à ociosidade.

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

> *"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, 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 Desª. 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).
>
> *"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR DE IDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DAS NECESSIDADES. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. Com a maioridade, a necessidade não é presumida, cabendo a alimentanda o ônus da prova. 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. Os alimentos têm a finalidade de socorrer os necessitados e não de estimular a ociosidade."* (TJ/PE. APL 0009550-04.2006.8.17.0990. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Francisco Manoel Tenório dos Santos. Julgamento 3.4.2012. Publicação DJEPE 24.4.2012; pág. 123) (grifo nosso).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXONERAÇÃO. MAIORIDADE. NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA. 1. O advento da maioriedade 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).

Por todo o exposto, deixando os apelados de demonstrar a necessidade da percepção dos alimentos e estando plenamente capacitados ao trabalho, deve ser provido o recurso, exonerando o apelante da obrigação alimentar.

Por corolário, devem os ônus de sucumbência ser invertidos, de modo que os apelados respondam integralmente pelas despesas do processo e da verba honorária. A exigibilidade, todavia, deve ser suspensa, pois são beneficiários da justiça gratuita (art. 12 da Lei n. 1.060/50).

Posto isto, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e, consequentemente, acolher o pedido inicial, exonerando o apelante da obrigação alimentar para com os apelados.

Finalmente, condeno os apelados ao pagamento das custas e honorários, que fica suspenso, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

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. Hildebrando Coelho Neto.

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, MS, 22 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4010013-29.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – INTIMAÇÃO DE ADVOGADO – PLURALIDADE DE CAUSÍDICOS – INTIMAÇÃO DE APENAS DOIS – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES STJ – DEVOLUÇÃO DE CUSTAS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

O tema já está pacificado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que quando a parte é representada por vários advogados e não há pedido expresso de publicação em nome de apenas um deles, é válida a publicação em nome de qualquer deles, mesmo se houver pedido de publicação em nome de todos.

Não há que se negar a existência da prestação jurisdicional que só não prosseguiu por desídia da parte em promover o andamento através do correto recolhimento das custas.

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, 8 de outubro de 2013.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Wilson Roberto Gonçalves e Vilma Alves de Assis Gonçalves agravaram regimentalmente da decisão monocrática deste Relator que negou seguimento ao agravo por eles interposto nos autos da Ação Condenatória movida em desfavor de Banco do Brasil S.A.

Sustenta que havendo requerimento para intimação específica em nome de todos os advogados, é nula a intimação em nome de outros, ainda que constem na procuração.

Alerta, ainda, "*a intimação dirigida a um advogado cujo nome é o mesmo de um Ministro do egrégio Superior Tribunal de Justiça, Antônio Carlos Ferreira, citado em inúmeros julgados, pela proficuidade de seus votos, as leituras estão sendo pouco a pouco direcionadas ao subscritor, enquanto que, tratando-se de trabalho em parceria com advogado de outra unidade da Federação, como explicado, os advogados Marcelo e Maurício Dorácio Mendes apenas recebem as publicações para saber do andamento do processo e não para tomar providências, não havendo qualquer comunicação a respeito*" f. 02.

Quanto à taxa judiciária fundamenta que não houve prestação jurisdicional e que o recolhimento é uma condição para que a ação tenha trâmite e que, a extinção pelo não recolhimento não outorga ao Estado o direito de cobrá-la.

Prequestiona os artigos 236, § 1º, 247 e 248 do Código de Processo Civil e 77 do CTN.

Ao final, pediu o provimento deste regimental, para que o agravo de instrumento seja apreciado e provido pelo órgão colegiado.

VOTO

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

Inobstante a tese defendida neste regimental, a decisão monocrática não merece qualquer reparo, por estar em consonância com a jurisprudência deste Sodalício e do Superior Tribunal de justiça, que entende que, em não havendo pedido expresso de intimação de um advogado, é válida a intimação de qualquer um dos constituídos nos autos.

Ademais, a tese de que um dos sócios possui o mesmo nome do Ministro do STJ e que as publicações estão sendo direcionadas aos outros sócios não merece guarida porque os causídicos deveriam ter requerido EXPRESSAMENTE que as intimações fossem processadas em nome de Maurício e Marcelo que são os responsáveis, conforme informa a peça do agravo regimental, pelo andamento dos processos.

Desta feita, subsistem os fundamentos da decisão singular no que tange à negativa de seguimento ao agravo, motivo pelo qual os reitero:

> *"Em que pese as alegações dos agravantes o tema já está pacificado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que quando a parte é representada por vários advogados e não há pedido expresso de publicação em nome de apenas um deles, é válida a publicação em nome de qualquer deles, mesmo se houver pedido de publicação em nome de todos.*
>
> *A respeito, os recentes julgados, a saber:*
>
> *"PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO. PARTE REPRESENTADA POR VÁRIOS ADVOGADOS. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVA. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. "**A intimação realizada em nome de um dos advogados constituídos nos autos pela parte, e desde que não haja pedido expresso de intimação exclusiva em nome de qualquer outro, é suficiente para a eficácia do ato**. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 90128/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento".* (AgRg na PET no Ag 1331862 / DF AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO AVULSA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0136037-9 Ministro SÉRGIO KUKINA DJe 10.09.2013).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO FEITA EM NOME DE UM DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. VALIDADE. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVA. REQUERIMENTO EXPRESSO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 83 E 7 DO STJ. 1. **Havendo diversos advogados constituídos, é válida a intimação feita em nome de qualquer deles, salvo na hipótese de pedido expresso para que a publicação seja efetivada exclusivamente em nome um determinado**. Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento".* (AgRg no AREsp 339230/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSOESPECIAL 2013/0140023-4 Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI DJe 05.09.2013).

*"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 545 DO CPC E 258 DO RI/STJ. VÁRIOS PATRONOS DO AGRAVANTE. INTIMAÇÃO REALIZADA EM NOME DE APENAS UM ADVOGADO. VALIDADE. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE EXCLUSIVIDADE NA PUBLICAÇÃO. NOME INCOMPLETO. INOCORRÊNCIA. PUBLICAÇÃO REALIZADA NOS TERMOS COMO O CAUSÍDICO SE APRESENTOU NOS AUTOS. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. A interposição do agravo regimental após transcorrido o prazo de 5 dias previsto nos arts. 258 do RI/STJ, reclama o reconhecimento de sua intempestividade. 2. Firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "**Havendo mais de um advogado constituído nos autos, considera-se válida a intimação efetuada em nome de um deles se o substabelecimento foi feito com reserva de poderes e não constou pedido expresso para que a publicação fosse exclusivamente direcionada em nome de determinado causídico**" (EDcl no AgRg no AREsp 129.783/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 01.08.2013). In casu, colhe-se da petição de Recurso Especial pedido para que "as publicações sejam doravante realizadas também em nome do Dr. Joelson Dias, inscrito na OAB-DF sob o n. 10.441" e a posterior publicação restou realizada em nome de "ANDREI CAMPELO E OUTRO(S)". 3. Por outro vértice, Dr. ANDREI CAMPELO, com registro na OAB/DF sob o n. 38.351, é o modo como o referido advogado se apresenta perante esta Corte Superior de Justiça - vide petição de Agravo em Recurso Especial. Daí, em que pese a jurisprudência ser firme no sentido de que "não tem eficácia a publicação de nota de expediente como nome incompleto do advogado, a dificultar sua identificação nos sistemas de informatizados"(REsp. 78.766/BA, Rel. Min. RUI ROSADO, DJ 08/04/1996), na espécie, embora o patrono do agravante possua outros sobrenomes (apelidos de família), foi da mesma forma como ele se apresentou em juízo realizada sua intimação, não havendo, por certo, falar em dificuldade para a identificação de publicações em seu nome. 4. Agravo regimental não conhecido".* (AgRg no AREsp 311221 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0097090-2 Ministro JORGE MUSSI DJe 09.09.2013).

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO HÁ OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. PARTE COM MAIS DE UM PROCURADOR CONSTITUÍDO NOS AUTOS. VALIDADE DA INTIMAÇÃO FEITA NO NOME DE APENAS UM DOS ADVOGADOS. 1 - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual. 2 - **A orientação jurisprudencial desta Corte está consolidada no sentido de que é válida a intimação de apenas um dos advogados constituídos, mesmo com pedido expresso de intimação nominal de todos eles**. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento".* (EDcl no Ag 1235256 / MG EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0181899-9 Ministro RAUL ARAÚJO DJe 02.09.2013).

"AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. SENTENÇA ANTERIOR À EC/45. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA CONHECIMENTO E JULGAMENTO DA LIDE. OMISSÃO INEXISTENTE. NULIDADE DE JULGAMENTO POR FALTA DE INTIMAÇÃO. AUSENTE. HAVENDO MAIS DE UM ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS, É VÁLIDA A INTIMAÇÃO FEITA EM NOME DE UM ÚNICO CAUSÍDICO. SÚMULA 83/STJ. MÉRITO RECURSAL. PREPOSTO DA RECORRENTE QUE FOI VÍTIMA FATAL DE DESCARGA ELÉTRICA DE MAQUINÁRIO DE EMPRESA POR ELA CONTRATADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FATO DE TERCEIRO NÃO EXCLUSIVO. SÚMULAS 211 E 7/STJ. RECONHECIDA NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA EMPREGADORA QUE PERMITIU QUE SEU FUNCIONÁRIO, SEM CONHECIMENTO TÉCNICO, NEM SEGURANÇA ADEQUADA, MANIPULASSE EQUIPAMENTO COM

DEFEITO VISÍVEL DE INSTALAÇÃO ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS ADVINDOS AO SEU PREPOSTO. A INCOLUMIDADE FÍSICA DO EMPREGADO É GARANTIDA PELO EMPREGADOR AO ATENDER TODAS MEDIDAS DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A EMPRESA EMPREGADORA E A EMPRESA DONA DA COISA. AGRAVO DESPROVIDO". (AgRg no REsp 1121466 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0117526-1 Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO DJe 12.08.2013).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTIMAÇÃO REALIZADA EM NOME DE ADVOGADO SUBSTABELECIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA QUE A PUBLICAÇÃO FOSSE DIRECIONADA A PROCURADOR ESPECÍFICO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. RECURSO DE TERCEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO. 1.- ***Havendo mais de um advogado constituído nos autos, considera-se válida a intimação efetuada em nome de um deles se o substabelecimento foi feito com reserva de poderes e não constou pedido expresso para que a publicação fosse exclusivamente direcionada em nome de determinado causídico. Precedentes.*** *2.- O litisconsorte que deixa de recorrer das decisões havidas no feito e vem, posteriormente, a intervir no processo como terceiro interessado não pode se beneficiar do prazo em dobro concedido pelo artigo 191 do Código de Processo Civil. 3.- Embargos de declaração rejeitados".* (EDcl no AgRg no AREsp. n. 129783 / RS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0308230-2 Ministro SIDNEI BENETI DJe 01.08.2013).

Assim, irreprimível a decisão do magistrado que considerou válida a intimação em nome de dois causídicos.

Quanto à devolução da taxa judiciária ao argumento de que não houve prestação jurisdicional, tenho que igualmente não merece prosperar porquanto a ação tramita desde março do corrente ano e demandou diversas intimações dos advogados, ou seja, os servidores do cartório e o magistrado laboraram no processo que inclusive contou com despachos e até mesmo sentença.

Assim, não há que se negar a existência da prestação jurisdicional que só não prosseguiu por desídia da parte em promover o andamento através do correto recolhimento das custas".

Finalmente, no que tange ao prequestionamento, importa salientar que o órgão julgador não é obrigado a responder a todas as alegações das partes, apenas deve demonstrar as razões do seu convencimento, o que, aliás, foi exaustivamente feito no acórdão recorrido.

Nesse ponto, com muita propriedade, o professor Marcos Vinicius Rios Gonçalves leciona:

*"Não há necessidade de que o juiz se pronuncie sobre todas as questões suscitadas pelas partes, mas apenas sobre as que tenham alguma relevância para o julgamento. Pode ocorrer que ele deixe de examinar algum fundamento do pedido ou da defesa, por ter admitido outro que, por si só, é suficiente para seu acolhimento ou sua rejeição" (****apud*** **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136).

Na mesma senda é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – PREQUESTIONAMENTO – NÃO-CABIMENTO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO [...] 2. O juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha

> *encontrado motivo suficiente para fundar a decisão. Ao qualificar os fatos levados a seu conhecimento, não fica o órgão julgador adstrito ao fundamento legal invocado pelas partes. 3. A via especial não se presta a impugnações de ordem constitucional, ainda que com o intuito do prequestionamento. Embargos rejeitados"* (EDAGA 2003016 (547833 DF). Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. Publicação DJU 3.10.2005, p. 00261).

Posto isso, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, MS, 08 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0002069-31.2010.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – REQUISITOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO COMPROVADOS – POSSE PRECÁRIA – TOLERÂNCIA DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL USUCAPIENDO – AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI* – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

A utilização do imóvel por ato de mera tolerância dos proprietários impede que se opere a prescrição, porquanto retira requisito essencial para a sua caracterização, qual seja, o *animus domini* do usucapiendo.

Recurso conhecido e improvido, com a manutenção da sentença.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Fabiano Rezende de Abreu interpõe apelação cível, às fls. 173/180, em face de Roberto Dias de Andrade, insurgindo-se contra a sentença de fls. 165/168 do douto juízo da 2ª Vara da comarca de Camapuã, MS, que julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante em ação de usucapião.

Sustenta que reside no imóvel objeto da presente demanda desde que nasceu (1985), de sorte que foi proposta a presente ação de usucapião para obter a declaração de sua propriedade sobre o bem, tendo em vista o ajuizamento da Ação Reivindicatória n. 0600055-25.2010.8.12.0006.

Aduz que restou comprovado nos autos a sua posse ao longo do mencionado período, mas o douto juízo da instância singela rejeitou o pedido "*sob o argumento de que a posse decorreu de comodato verbal que se estenderia até o falecimento dos ascendentes do recorrente e, por isto, a posse seria precária e não é apta a ensejar a usucapião, como se infere da sentença de fls.* 165/168".

Alega que a existência de comodato não foi alegada pelo apelado e não está comprovada nos autos, sendo que foi afirmado em seu depoimento pessoal que entregou o imóvel aos ascendentes do apelante para que fixassem sua residência.

Salienta que o comodato não é óbice à usucapião, porquanto a casa foi transmitida a eles por *sucessio possessioni*, de sorte que as partes não tiveram qualquer relação jurídica entre elas.

Enfatiza que a posse do imóvel foi confiada pelo apelado a seus antigos empregados e esta relação de trabalho cessou sem que reouvessem o imóvel, o que denota a ocorrência da usucapião.

Afirmam que, para a usucapião extraordinária, a posse independe de título e boa-fé.

Requer a reforma do *decisum* para que seja declarada a aquisição do imóvel residencial pela usucapião.

Sem contrarrazões.

A Procuradoria-Geral apresentou parecer às fls. 188/194, opinando pelo conhecimento e improvimento da apelação.

VOTO

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

Versam os presentes autos sobre a Ação de Usucapião Extraordinária n. 006.10.002069-6, ajuizada por Fabiano Rezende de Abreu em face de Roberto Dias de Andrade, com o propósito de obter o domínio do imóvel urbano localizado na Rua Jesuítas, n. 342, Camapuã, MS.

O M.M. juízo *a quo*, na sentença de fls. 165/168, julgou improcedente o pedido inicial, face à precariedade da posse, bem como à falta de *animus domini*, uma vez que a posse advém de ato de mera tolerância dos proprietários.

Daí o manejo da presente apelação cível pelo requerente.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do recurso.

A solução para a controvérsia posta à apreciação deste Tribunal de Justiça reside na verificação do preenchimento dos requisitos legais que devem coexistir para a ocorrência da usucapião extraordinária.

Nessa extensão, cumpre dizer que, em qualquer modalidade de usucapião, são três os requisitos essenciais a serem observados: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini.*[1]

O autor-apelante relata que a posse do imóvel foi adquirida por seus bisavós (Srª Anália e Sr. Augusto) na década de 70, tendo em vista que trabalhavam para o Sr. João Vieira, antecessor do apelado, e, dessa relação trabalhista "*advieram intensa afinidade e admiração*", de sorte que o imóvel foi cedido em razão da necessidade de moradia dos seus antecessores.

Alega que reside no imóvel desde o seu nascimento, em 1985, e, desde então, possui o imóvel como seu, ininterruptamente e sem oposição por conta da sucessão.

1 FARIAS, Cristiano Chaves e outro. **Direito Reais**. 4. ed. Lumen Juris, 2007. p. 271.

Com relação ao requisito ***tempo,*** insta salientar que, sob a égide do C.C./1916, o lapso exigido para a aquisição da propriedade mediante a usucapião extraordinária era, como se sabe, de 20 anos (art. 550, C.C./16). O Código Civil de 2002, por sua vez, ***reduziu*** tal prazo para 15 anos (art. 1.238, C.C./02).

Frente à redução do prazo prescricional, impõe-se a incidência da regra de transição disposta no art. 2.028 do C.C./02, que diz*: "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada"*.

In casu, o autor defende que a sua posse foi somada à de seus antecessores, que a adquiriram na década de 70. Outrossim, aduz que exerce a posse desde o seu nascimento, em 1985.

Supõe-se que os antecessores estavam na posse do imóvel desde 1970, de modo que, quando da entrada em vigor do C.C./02 (no ano de 2003), já havia transcorrido mais da metade do prazo do diploma anterior, o que faz, então, prevalecer o prazo de vintenal, previsto no art. 550 do Código Civil antigo.

O código Civil de 1916 dispunha sobre a usucapião extraordinária em seu art. 550, abaixo transcrito:

> *"Art. 550. Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis."*

Pela redação do artigo supra transcrito, é de se notar que, para a ocorrência da usucapião extraordinária, deve ser verificada a presença da posse ***mansa, pacífica e contínua,*** pelo ***período de 20 anos***, com ***animus domini*** **-** consistente no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse.

Outra exigência a ser cumprida, sob pena de não merecimento da proteção possessória, é a estampada no art. 1.200 do Código Civil[2], qual seja, a condição de a posse ser justa, isto é, não violenta, clandestina ou precária.

Após analisar com acuidade as particularidades que permeiam o caso, tenho que, consoante a sentença objurgada, os requisitos da usucapião extraordinária não estão devidamente demonstrados nos autos, pelas razões que passo a expor.

Para um melhor esclarecimento da matéria, de bom alvitre registrar que, na espécie, tem-se a chamada **posse *sucessio possessionis***, eis que o autor adquiriu a posse em virtude de sucessão *causa mortis*, adquirindo-a de seus antecessores. E, como é cediço, nessa modalidade, abrem-se duas possibilidades ao adquirente: aceitar a posse antiga e somá-la à nova, conservando os mesmos caracteres da anterior, ou, de outro lado, repudiá-la, iniciando posse nova desvinculada dos vícios da anterior. Nesse último caso, não poderá contar o tempo da posse antiga.[3]

No caso, como se observa, o autor optou por preservar o período de posse antecedente, logo, com todas as suas características. Por conseguinte, deverá também suportar as conseqüências dos eventuais vícios da relação anterior.

Pois bem.

2 Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

3 In: <http://www.diritto.it/archivio/1/26781.pdf.> Acesso em: 02.06.2010.

Em princípio, é de bom proveito, desde logo, assentar que os elementos dos autos manifestam a existência de provas que afastam o direito do requerente, despontando evidências que caminham favoravelmente aos interesses da parte contrária.

O próprio autor afirma em sua inicial que a posse foi cedida aos seus bisavós, tendo em vista a relação trabalhista que tinham com o anterior proprietário e a necessidade de moradia.

Vejamos.

Nos termos do Código Civil, os atos de mera permissão ou tolerância não induzem a posse, a teor do seu art. 1.208 (art. 497 do CC/16), que assim dispõe:

> *"Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade."*

Sobre o tema, impende observar que a presença de ***permissão ou tolerância descaracteriza*** requisito essencial para o reconhecimento da prescrição, qual seja, o ***animus domini***. Para melhor visualização, basta imaginar que alguém tenha a detenção de determinada coisa sabendo que o proprietário permitiu ou tolerou a sua utilização por certo lapso temporal, por exemplo. É evidente que, nesta situação hipotética, por óbvio, não há como se falar em *animus domini*, haja vista que o detentor sabe que o proprietário apenas consentiu que o bem fosse utilizado e é ciente que tal situação pode ser suprimida a qualquer tempo.

De mais a mais, já aponta a doutrina que, em se tratando de comportamento omissivo, de inação, de tolerância, tal conduta, *"sendo uma mera indulgência, uma simples condescendência,* ***não implica transferência de direitos."*** (Código Civil Comentado. Coordenador: Min. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.007).

Portanto, é imperioso ter em mente que "***a permissão ou tolerância de utilização da área não permitem que se opere a prescrição, porquanto retiram o animus domini do indivíduo que detém o bem."*** É a chamada posse precária.

A par dessas observações, conclui-se que posse dos seus antecessores é adquirida com a mesma característica, ou seja, a precariedade que, por sua vez, não induz à aquisição da propriedade pela usucapião, como afirmei anteriormente.

É de se ver que foi emprestada dos autos da ação reivindicatória em apenso (Autos n. 0600055-25.2010), a prova lá produzida, constando naqueles autos, às fls. 07/10, contrato de comodato firmado, em outubro de 2008, entre o requerido, Roberto Dias de Andrade, e Angela Auxiliadora de Resende e Abadio Aparecido de Souza Paes, que tem por objeto o imóvel ora vindicado, o que confirma a precariedade da posse do autor-apelante, que persiste mesmo após a morte de seus bisavós.

Assim, os autos revelaram que os antecessores do autor exerciam a ***posse precária*** do bem, pois o requerido apenas ***tolerava*** a permanência deles no referido bem, sendo que alguns dos sucessores firmaram contrato de comodato sobre bem, após a morte dos posseiros originários, que se deu em abril de 2008 (segundo afirmação do autor à f. 95), o que confirma a precariedade e o conhecimento dos sucessores sobre tal natureza da posse.

Do depoimento das testemunhas, que consta nos autos do processo em primeiro grau, é possível extrair ainda que o apelado nunca descuidou do imóvel, pois sempre era visto no local, conforme afirmou Hildo Ramirez em seu depoimento.

A tolerância e permissão do apelado para com a posse dos antecessores do autor sobre o imóvel também é aferida do depoimento de Alcides Pereira da Costa que afirma que houve um combinado entre ele e a bisavó do autor no qual ficou estabelecido que ela permaneceria com sua família no bem até a sua morte. Também afirmou que após a morte da Srª Anália (bisavó do autor) o requerido firmou o contrato de comodato com os sucessores para que permanecessem lá por dois anos, sendo que o autor não mais reside no imóvel, que se encontra abandonado.

Tais fatos também afirmados por Cláudio Pereira de Souza em seu depoimento.

Desse modo, a prova produzida permite concluir que o apelado apenas ***tolerava*** a utilização do bem. Esse fato, nos termos da legislação civil, retira o *animus domini* do apelante, que, ademais, desde a morte de sua bisavó (abril/2008), não permaneceu no imóvel pelo prazo previsto no art. 1.238 do Código Civil, impedindo, pois, o preenchimento dos requisitos da usucapião.

Portanto, seja em face da ausência do *animus domin*i, seja em face do requisito temporal, que não restou caracterizado para o autor, a medida que se impõe ao caso é o não reconhecimento da procedência do pedido inicial.

No mesmo sentido, o parecer da E. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 188/195):

> *"Nessa linha, mesmo que não existisse o contrato de comodato, firmado após a morte dos antigos moradores, não há que se falar em usucapião, pois a posse exercida pelos antecedentes do Apelado não enseja a aquisição da propriedade.*
>
> *Assim, analisando detidamente o caso dos autos, tem-se que os atos exercidos pelos bisavós do Apelante e, posteriormente, por este foram por mera permissão do titular do imóvel, o que impede o reconhecimento da usucapião.*
>
> *(...)*
>
> *Sobre o tema, impende observar que a presença de permissão ou tolerância descaracteriza requisito essencial para o reconhecimento da prescrição, qual seja o animus domini.*
>
> *Para melhor visualização, basta imaginar que alguém tenha a detenção de determinada coisa sabendo que o proprietário permitiu ou tolerou a sua utilização por certo lapso temporal, por exemplo. É evidente, nesta situação hipotética, que não há animus domini, pois o detentor sabe que o proprietário apenas consentiu que o bem fosse utilizado e está ciente que tal situação pode ser suprimida a qualquer tempo.*
>
> *De mais a mais, já aponta a doutrina que, em se tratando de comportamento omissivo, de inação, de tolerância, tal conduta, sendo uma mera indulgência, uma simples condescendência, não implica transferência de direitos."*

Posto isso, constatou-se que não houve preenchimento dos requisitos para a prescrição aquisitiva, como concluiu com acerto a sentença, é induvidoso que o exame da questão haveria de ali ter se encerrado para pronunciar o julgamento de improcedência da pretensão deduzida na inicial.

Ante o exposto, conheço do recurso, e, com o parecer, nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença impugnada.

Determino o apensamento destes autos aos autos da Apelação n. 0600055-25.2010 para julgamento conjunto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Reexame Necessário n. 0002340-91.2011.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO INDEVIDA – HOMÔNIMO – MANDADO DE PRISÃO REVOGADO – DETENÇÃO POR ONZE DIAS – DANOS MORAIS *IN RE IPSA* – VALOR INDENIZATÓRIO – ADSTRIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA.

A prisão ilegal, em decorrência da existência de mandado de prisão expedido contra homônimo, e a permanência da vítima por onze dias detido, mesmo com a revogação do mandado de prisão, acarreta dano moral *in re ipsa.*

O *quantum* indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante para assim atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil.

Reexame necessário realizado com manutenção integral da sentença.

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, em sede de reexame necessário, manter a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de Reexame Necessário da sentença de fls. 271-276, proferida pelo douto juízo da 2ª Vara de Fátima do Sul/MS, que julgou procedente o pedido formulado por Paulo César da Silva na Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, condenando o Estado ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 35.000,00.

O autor ingressou com essa ação alegando, em síntese, que em 23 de maio de 2009, foi preso ilegalmente por policiais militares no Distrito de Culturama, tendo por base um mandado de prisão emanado da comarca de Campo Grande/MS. Contou que permaneceu por onze dias preso no Estabelecimento Penal da cidade de Jateí, até se constatar que o mandado de prisão era de um homônimo do autor. Afirmando que a prisão lhe acarretou toda sorte de transtornos, requereu a condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 35.000,00.

O Estado, em contestação, alegou que os policiais que efetuaram a prisão cumpriram seu dever, inclusive sob pena de incorrer em prevaricação; que não tinham como saber que o mandado de prisão já estava revogado; que o fato de o autor ter ficado onze dias retido para verificação lhe ocasionou transtornos que foram solucionados com a soltura e não são passíveis de indenização com dinheiro público; que a demora para liberação se deu também por demora de seus familiares em buscar um advogado. Afirmou que em situações semelhantes o valor arbitrado é, normalmente, de R$ 5.000,00.

Após regular trâmite processual, foi proferida a sentença de fls. 271-276, por meio da qual a douta juíza *a quo* julgou procedente o pedido e condenou o Estado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Determinou que a correção monetária ocorra a partir da intimação da sentença, pelo IGPM-FGV, e que incidam juros de 6% ao ano, capitalizados anualmente, a partir do ato ilícito.

Em decorrência da sucumbência, o Estado foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor total da condenação principal.

O Estado informou que "*após analisar o caso concreto e a motivação da decisão, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência vigentes, não interporá recurso de apelação*".

Subiram os autos a este Tribunal para reexame necessário.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de Reexame Necessário da sentença de fls. 271-276, proferida pelo douto juízo da 2ª Vara de Fátima do Sul/MS, que julgou procedente o pedido formulado por Paulo César da Silva na Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, condenando o Estado ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 35.000,00.

Extrai-se dos autos que o autor foi indevidamente detido por onze dias, até a constatação de que o mandado de prisão referia-se a um homônimo e, inclusive, já havia sido revogado.

Diante dos fatos constatados, foi proferida a sentença nos seguintes termos:

> *"O requerente intentou com a presente ação de indenização por dano moral, alegando que foi preso pela PM da cidade de Culturama, MS, de forma equivocada. Isto porque, ele não era o réu objeto do mandado de prisão, que segundo ele, a Polícia Militar sequer tinha em mãos no momento do ato.*
>
> *Alega ainda que ficou cerca de 11 (onze) dias preso indevidamente, razão pela qual faz jus ao recebimento de indenização por danos morais, no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).*
>
> *É fato incontroverso que o requerido foi preso indevidamente. Contudo, o requerido afirma que os policiais não tinham ordem para tanto, e que era nítido que não se tratava da mesma pessoa ré do processo penal oriundo da Comarca de Campo Grande, MS.*
>
> *Conforme verifica-se do mandado de prisão expedido em desfavor do réu daqueles autos, pude constatar que trata-se da mesma pessoa do requerente (f. 123). Ou seja, existia mandado de prisão e este constou a qualificação correta do presente requerente, Paulo Cesar da Silva, filho de Francisca Nunes da Silva, em total acordo com a documentação pessoal do requerente (f. 11).*

Desta forma, apesar de não se tratar da pessoa que deveria ter sido presa em razão daqueles autos oriundos da Comarca de Campo Grande, MS, ficou provado que os Policiais Militares agiram em regular cumprimento do dever legal, e deram cumprimento regular ao mandado de prisão conforme este determinava.

Ficou demonstrado que a Polícia Militar agiu regularmente com o cumprimento do mandado de prisão, então expedido em desfavor do ora requerente.

O requerido alegou que o erro partiu de terceiro, fato que o isenta de qualquer responsabilidade. Todavia, não há provas nos autos de que tenha sido o próprio réu dos autos criminais, homônimo do requerente, quem teria indicado o requerente como réu daquele feito, e, consequentemente, gerado o mandado de prisão em favor do requerente. Do mesmo modo, não ficou demonstrada em qualquer momento nos autos eventual má-fé daqueles que formularam referido mandado de prisão.

O fato é que houve a prisão indevida, e isto, por si só, gera o caráter indenizável, pois demonstrado que o réu daqueles autos de ação penal de Campo Grande, MS (f. 14-98), não se trata e nem guarda qualquer relação capaz de gerar um mandado de prisão em desfavor do requerente do presente feito, homônimo daquele acusado à época.

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

Dessa forma, em se tratando de responsabilidade objetiva, necessário se faz tão somente a demonstração da conduta imputável ao Estado, do dano e do nexo de causalidade, sendo prescindível a demonstração do elemento culpa.

Ora, a prisão indevida, por si só, enseja reparação por parte do Estado, que poderia ter agido com maior cautela quando expedido o mandado de prisão, mas não o fez.

Igualmente nem se pode cogitar que o fato passou de mero aborrecimento, eis que a detenção afeta dois dos mais importantes direitos garantidos pela Constituição Federal, quais sejam, o da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o dano moral proveniente de prisão ilegal é presumido, bastando, para tanto, a ocorrência do fato capaz de gerar constrangimento, conforme, aliás, já decidiu o TJMS:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO INDEVIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL PURO IN RE IPSA. *REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO E DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO E DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. Em se tratando de conduta ilegal e não omissão do Estado, sua responsabilidade é objetiva tal como definida pela norma do art. 37, § 6º, da Constituição da República. O dano moral decorrente de prisão indevida é presumido, sendo desnecessária a produção de prova para sua demonstração, bastando a ocorrência da lesão para gerar o dever de indenizar. (...).”* (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.032364-8/0000-00 - Campo Grande, Primeira Turma Cível, j. em 16.3.2011).

“Sobre o tema também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar

o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp 220.982/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.02.2000, DJ 03.04.2000, p. 116).

De modo geral, não há critérios seguros para arbitramento do valor da indenização. A Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 09.02.1967) fixa o limite máximo de duzentos salários-mínimos de indenização por dano moral. O grau da culpa, a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, a intensidade do sofrimento, culpa concorrente como fator de atenuação da responsabilidade, a situação patrimonial das partes e a eventual vantagem do lesante com a prática do ilícito são alguns fatores determinantes no estabelecimento da quantia reparatória.

O prudente arbítrio do juiz, ou a razoabilidade são os conceitos que orientam o estabelecimento do valor indenizatório. Valendo-se desses conceitos e procurando racionalizar o critério de fixação do valor, parece razoável iniciar o cálculo com dez salários mínimos.

No presente caso, o requerente pretende a condenação do requerido na indenização por danos morais no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Ficou provado que o requerente permaneceu 11 (onze) dias preso de forma indevida, atestado de permanência carcerária (f. 12) e alvará de soltura (f. 13). E, mesmo que tenha demorado a requerer sua soltura ao juízo competente de Campo Grande, MS, isto ainda não justifica a prisão indevida.

Portanto, nota-se que a lesão foi de grau razoável, acarretando traumas e estresse por período razoável também, desta forma, deve ser fixada a quantia requerida, R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), que reputo suficiente para indenizar os danos morais e materiais sofridos pela autora nestes autos.

Segue a parte dispositiva.

Diante do exposto, e tudo considerado, julgo procedente a presente ação. Condeno o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Correção monetária a partir da intimação da sentença, pelo IGPM-FGV; juros de 6% ao ano, capitalizados anualmente, a partir do ato ilícito em 23.05.2009 (f. 12, prisão indevida).

Declaro resolvido o mérito (CPC, 269, I).

O requerido foi quem sucumbiu integralmente, razão pela qual condeno-o ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% total da condenação principal, que entendo ser o valor razoável pelos trabalhos despendidos na presente ação, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

O requerido é isento do pagamento de custas processuais.

Esta decisão se sujeita ao duplo grau de jurisdição."

Não há qualquer reparo a se fazer à sentença, que bem aplicou o direito à espécie, especialmente porque a prisão ilegal acarreta dano moral *in re ipsa*.

Ademais, o valor foi fixado com proporcionalidade e razoabilidade. E tanto assim o é que o próprio Estado deixou de recorrer da sentença.

Dessa maneira, outra não há de ser a conclusão, a exemplo do que chegou, também, o eminente magistrado de primeiro grau, que não a de que são devidos os danos morais, no valor de R$ 35.000,00.

Ante o exposto, em sede de reexame necessário ratifico a sentença proferida pelo d. Juízo da Comarca de Fátima do Sul, mantendo-a inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, MANTIVERAM A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4008571-28.2013.8.12.0000 - Coxim
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – DECISÃO QUE DEFERIU TUTELA ANTECIPADA, ARBITRANDO PENSIONAMENTO MENSAL – MORTE POR ELETROPLESSÃO – FIO DE ALTA TENSÃO CAÍDO NO MEIO DA VEGETAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA – VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E *PERICULUM IN MORA* – VALOR MINORADO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I) Estando presentes os requisitos autorizadores para concessão de tutela antecipada previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, esta deve ser deferida para resguardar o direito da parte prejudicada.

II) Comprovada a morte por eletroplessão, causada por fio de alta tensão caído no meio da vegetação lateral de uma rodovia, fica caracterizada a responsabilidade objetiva da concessionária.

III) Valor da pensão minorado para a quantia requerida na inicial, equivalente a um salário mínimo mensal.

IV) Recurso conhecido e parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 1 de outubro de 2013.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso Do Sul S/A, devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face de Maria Aparecia Tenório da Silva, Paulo Sérgio da Silva Souza e Wildemar da Silva Souza, insurgindo-se contra a decisão de fls. 108-110, proferida pelo douto juízo da 1ª Vara de Coxim, que concedeu a tutela antecipada requerida pelos agravados na Ação de Indenização por Danos Materias e o Morais n. 0801365-62.2013.8.12.0011, determinando que a empresa efetue o pagamento mensal de R$ 730,00 em favor de Maria Aparecida Tenório da Silva.

Os agravados ingressaram com essa ação alegando, em síntese, que no dia 09.05.2012 ocorreu um acidente na rodovia BR 163, no qual uma carreta carregada de soja tombou, derramando a carga na rodovia.

Contaram que Paulo Aparecido de Souza e um amigo dirigiram-se ao local para recolher a soja, quando ouviram um forte barulho, seguido de incêndio.

Seguiram contando que Paulo, com o intuito de apagar o fogo, avançou em direção ao incêndio, vindo a cair, repentinamente, sem vida, em decorrência de contato com um fio de alta tensão que estava solto no meio da vegetação.

Atribuindo culpa à empresa agravante, ingressaram com essa ação requerendo, em sede de tutela antecipada, a condenação da ré ao pagamento de pensão alimentícia à autora Maria Aparecida, ex-mulher do *de cujus*.

O pedido foi concedido pelo douto juiz *a quo* através da decisão de fls. 108-110, contra a qual agora se insurge a ré.

A agravante alega, em síntese, que não há verossimilhança das alegações; que os documentos acostados à inicial trazem versões dissonantes para o mesmo sinistro; que as testemunhas se contradizem quanto ao horário do sinistro e quanto ao momento em que o filho da vítima havia chegado ao local.

Segue alegando que também não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; que entre a data do acidente e a distribuição da ação transcorreu mais de um ano sem que a agravada Maria Aparecida tivesse demonstrado qualquer irresignação; que ela também é pescadora profissional e recebe renda razoável, além da pensão por morte paga pelo INSS; que se ao final a pretensão for julgada improcedente, a repetição dos valores pagos pela ENERSUL será tarefa praticamente impossível porque a agravada se diz hipossuficiente economicamente.

Afirma que ainda que se a agravada fizesse jus ao pensionamento mensal, o valor pedido na inicial foi de um salário mínimo, que atualmente está estabelecido em R$ 678,00, e não R$ 730,00, como deferido pelo juiz *a quo*.

Requereu o recebimento do agravo com efeito suspensivo e, ao fim, o provimento dele para suspender, definitivamente, o pagamento da pensão ou, acaso assim não se entenda, a redução da pensão para 2/3 do salário mínimo.

O agravo foi recebido às fls. 112-114 sem efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 118-124.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto pela Enersul em face de Maria Aparecida Tenório da Silva, Paulo Sérgio da Silva Souza e Wildemar da Silva Souza, insurgindo-se contra a decisão de fls. 108-110, proferida pelo douto juízo da 1ª Vara de Coxim, que concedeu a tutela antecipada requerida pelos agravados na Ação de Indenização por Danos Materiais e o Morais n. 0801365-62.2013.8.12.0011, determinando que a empresa efetue o pagamento mensal de R$ 730,00 em favor de Maria Aparecida Tenório da Silva.

Eis o teor da decisão impugnada:

No caso em apreço, o pedido em caráter liminar de pensionamento à autora merece guarida.

Para o deferimento, como se sabe, é necessário que haja prova inequívoca, que as alegações sejam verossímeis e que haja perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

No particular, verifico que Paulo Aparecido de Souza morreu por descarga elétrica advinda da rede de energia mantida pela empresa requerida.

Ou seja, a alegação dos autores é verossímil, pois, se a rede estivesse funcionando normalmente, não haveria fio de média tensão solto no chão. Além disso, se havia defeito, deveria a parte ré sinalizar o local, para evitar contato de terceiros com a rede.

Além de verossimilhança, verifico a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. Isso porque o requerido, conforme se vê dos autos, era pescador profissional, o que pressupõe renda mensal razoável, o que é de conhecimento notório nesta cidade, em que há diversos pescadores profissionais.

A redução rendia para a família do falecido, para um salário mínimo, certamente causará transtornos, ou até mesmo inviabilizaria a sua sobrevivência, uma vez que, em famílias de baixa renda, esse valor é significativo.

Por outro lado, a empresa requerida tem condições de efetuar o pagamento, sem que lhe cause danos maiores.

Por fim, registro que a decisão não é irreversível, pois caso negado o pedido inicial, os valores podem ser recuperados por parte da empresa requerida.

Com relação ao valor, verifico que o postulado na inicial é razoável. Se o falecido tinha renda de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), presume-se que um terço era utilizado exclusivamente em seu benefício.

Desse modo, restaria uma renda de R$ 800,00 (oitocentos reais), que seria os dois terços da renda do requerido que reverteria em favor da família.

A parte postulou o deferimento de um salário mínimo mensal, valor qe deve ser deferido.

Diante disso, com supedâneo no artigo 273, I, do CPC, concedo parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela, e determino que a parte requerida efetue o pagamento mensal, até o dia 10 (dez) de cada mês, de R$ 730,00 (setecentos e trinta reais), em favor da esposa do falecido, a título de pensionamento.

O recurso merece parcial provimento.

É sabido que por meio do instituto da antecipação da tutela jurisdicional obtém a parte a antecipação dos *efeitos* de um eventual julgamento favorável de mérito, tendo esse instituto fundamento no princípio da efetividade do processo, e com seus requisitos delineados nos artigos 273 e 461 do CPC.

Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é necessária a presença de alguns requisitos sem os quais deve a parte aguardar o provimento jurisdicional final que resolva a questão, uma vez que aquela é medida excepcional que adianta os efeitos da tutela definitiva, mediante cognição sumária e à luz dos elementos apresentados pelo autor, elementos esses que devem demonstrar a existência de *prova inequívoca da verossimilhança das alegações* ***e o*** *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.

O artigo 273 do CPC estabelece que:

> *"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*
>
> *I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
>
> *II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu."*

Verifica-se que o dispositivo citado exige, como afirmei acima, a **presença cumulativa** dos dois requisitos, devendo estar presente, em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, tanto a prova inequívoca das alegações do requerente quanto o *fundado receio* de dano irreparável ou de difícil reparação, sem os quais a medida pleiteada não deve ser concedida.

Por óbvio que não se trabalha com o conceito de *prova inequívoca,* que é antagônica ao juízo de *verossimilhança*. Mas a aproximação dos dois conceitos nos leva ao **juízo de *probabilidade***, ou seja, é certo, é *quase certo* ou *bastante provável* que o autor tenha razão e o pedido formulado na inicial será fatalmente acolhido ao final da ação.

É o que se constata dos autos em sede de cognição sumária e para fins de antecipação da tutela requerida com a inicial.

Restou demonstrado nos autos que o marido e pai dos autores, Paulo Aparecido de Souza, morreu em decorrência de eletroplessão (descarga elétrica), produzido em decorrência do contato direto com um fio de alta tensão, caído sobre a vegetação lateral de uma rodovia (fl. 74, 77 e laudo pericial de fls. 84-92).

Os depoimentos de Francisco Aparecido Martins Feitosa (fl. 79), João Pinheiro da Silva (fls. 80/81), José Nivaldo Meneguello (fl. 82), Paulo Sérgio da Silva Souza (fl. 83) também confirmam os fatos narrados na inicial.

A princípio, então, exsurge a responsabilidade objetiva da ré/agravante, que detém a responsabilidade de manter intacta a rede elétrica, evitando qualquer tipo de acidente com a mesma.

Eis aí, então, a verossimilhança das alegações dos autores.

Saliento apenas que as pequenas divergências, relativas a horário do sinistro, momento em que o filho da vítima chegou ao local e outros pequenos detalhes, não influem no fato de que o marido e pai dos autores sofreu uma eletrocussão, vindo a morrer em decorrência desse fato.

Também está presente o *periculum in mora*.

O fato de a esposa da vítima ter entrado com a ação mais de um ano após a morte não afasta o *periculum in mora*. Se a vítima contribuía com o sustento da família, que é hipossuficiente (tanto que beneficiária da justiça gratuita), é claro que a sua ausência gera, também, dificuldade econômica. Ademais, embora tenha afirmado, a Enersul não demonstrou que a autora recebe pensão por morte do INSS.

O agravo merece parcial provimento tão somente quanto ao valor da pensão, que foi arbitrado em R$ 730,00 provavelmente por equívoco.

Isso porque foi requerida a quantia de um salário mínimo como pensão, e assim foi deferido pelo douto juiz *a quo*, que mencionou que "*a parte postulou o deferimento de um salário mínimo mensal, valor que deve ser deferido*".

Ocorre que o salário mínimo hoje está estabelecido em R$ 678,00, e não R$ 730,00, como constante na decisão, de sorte que o valor deve ser minorado para o equivalente a um salário mínimo.

Ante o exposto, conheço o recurso de agravo de instrumento interposto pela ENERSUL e lhe dou parcial provimento, tão somente para minorar o valor da pensão para o equivalente a um salário mínimo mensal, ou seja, nesta data, de R$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, MS, 01 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000798-65.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – ACOLHIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O proprietário tem o direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou detenha. Parte legítima para responder à ação reivindicatória é quem está na posse ou detém a coisa reivindicanda, pouco importando se de boa fé ou má fé. Assim, se a pretensão foi ajuizada contra quem não exerce a posse sobre o imóvel, acolhe-se a ilegitimidade passiva.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Luzia Lopes da Silva e Raimundo Pereira de Souza, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de Ação Reivindicatória de Posse que move em face de Maria Selma Alves dos Santos, interpõem apelação cível, alegando que tiveram conhecimento que uma pessoa de nome Walmir estava ocupando indevidamente o imóvel e colocando pessoas para nele residir.

Asseveram que, não conseguindo obter o paradeiro da pessoa de Walmir, ingressaram com a presente ação reivindicatória em face da apelada, tendo em vista que residia no imóvel na época dos fatos e se recusou a informar o endereço dele.

Afirmam que requereram a produção de prova oral e a intimação da apelada para informar os dados de Walmir, mas *"entendeu o Juiz 'a quo' que havia ilegitimidade passiva da ré, sendo processo extinto sem julgamento de mérito com fundamento nos artigo 3º e art. 267, VI ambos do Código de Processo Civil"*.

Aduzem que o direito de propriedade está fundado no de sequela, descrito no art. 1.228 do Código Civil, segundo o qual o proprietário poderá reaver a coisa em poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Narram que a apelada é parte legítima, pois residia no imóvel com autorização da pessoa de Walmir. Que ao tomar conhecimento da presente ação, retirou-se do imóvel a fim de *"abrir brechas para o que o*

Sr. Walmir lá colocasse outras pessoas a fim de retardar o andamento do processo e sempre resultar em ilegitimidade passiva".

Argumentam que, sendo a apelada detentora do imóvel e conhecendo o paradeiro da pessoa de Walmir, deveria nomea-lo à autoria, corrigindo o pólo passivo da ação.

Finalizam requerendo a reforma da sentença e a *"apelada integrada ao polo passivo da Ação"*, e a procedência dos pedidos formulados na inicial.

Em contrarrazões, a apelada manifestou-se pelo improvimento do recurso (f. 91/94).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Luzia Lopes da Silva e Raimundo Pereira de Souza em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou extinto *"o processo por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil"*.

Ingressaram com a presente ação reivindicatória em face da apelada, tendo em vista ser ela quem residia no imóvel na época dos fatos e ainda por ter se recusado a informar o endereço do Sr. Walmir, pessoa que vem se intitulando proprietário do bem.

Afirmam que o direito de propriedade está fundado no de sequela, descrito no art. 1.228 do Código Civil.

Mencionam que a apelada conhecendo o paradeiro da pessoa de Walmir, deveria nomea-lo à autoria, corrigindo o pólo passivo da ação.

Requerem o provimento do recurso, a fim de, reformando a sentença de primeiro grau, a apelada seja integrada ao pólo passivo da ação e seja julgado procedente o pedido formulado na inicial.

A ação reivindicatória tem como pressuposto o domínio do autor e a posse injusta do réu. Nela se objetiva a retomada da coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Tal demanda poderá ser intentada pelo proprietário contra o possuidor, não só o de má-fé, mas também o de boa-fé, incluindo-se o detentor, qualquer que seja a causa pela qual detenha a coisa e pouco importando que por conta própria ou de outrem.

Referido entendimento consta no art. 1.228 do Código Civil, a saber:

> *"O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".*
>
> *Sobre o tema, Arnaldo Rizzardo leciona que:*
>
> *"(...) Esta é uma ação real, exercitável erga omnes, que objetiva a retomada da coisa de quem quer que injustamente a detenha (...) o requisito para a ação é a posse injusta do réu, no sentido de falta de amparo ou de um título jurídico. Não tem ele o jus possidendi. De sorte que possuidor de boa ou má-fé, ou simples detentor, pode ser sujeito da pretensão da ação reivindicatória, que visa a restituição da coisa (...)"* (Direito das Coisas, 1ª edição, editora Forense, 2004, p. 213/216).

Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello afirmam que *"a ação reivindicatória deve ser dirigida contra aquele que está na posse ou detém a coisa reivindicanda, pouco importando se de boa fé ou má fé a propriedade, que encerra em si mesmo outros diversos direitos, entre eles o de possuir."* (*Ação Reivindicatória*, 4ª Edição, Saraiva, 1.988 p. 22).

E, San Tiago Dantas justifica a pertinência subjetiva argumentando que "*É isto porque o proprietário é autorizado a reivindicar a coisa que lhe pertence, de qualquer pessoa que a tenha em seu poder, não sendo justo que se exigisse dele, para exercitar esse direito, fosse pesquisar por qual título o objeto se encontra nas mãos do detentor ou possuidor. Tanto mais quando o domínio é um direito real, vale dizer, exigível contra qualquer um em poder de quem esteja a coisa, seja a que título for"* (*Programa de Direito Civil*, III, Rio de Janeiro: 1979, Rio, p. 142).

Dos ensinamentos acima transcritos conclui-se que, se terceiro injustamente ocupa ou possui como seu, bem de propriedade de outrem, poderá, por meio da ação reivindicatória, reaver o bem.

No presente caso, denota-se que a apelada não está na posse ou detenção do bem vindicado, pois comprovou residir em outro imóvel, conforme se vê do Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Imóvel loteado acostado às f. 42/44. Verifica-se que referido contrato foi firmado pela apelada em 12 de julho de 2010, isto é, antes da propositura desta ação reivindicatória, que se deu em 10.01.2011.

Ressalte-se ainda que a apelada, quando do cumprimento do ato citatório foi encontrada na Rua Yara Amaral, lote 29 da quadra 22, em Campo Grande, e não no imóvel descrito na inicial e que os apelantes pretendem reavê-la. Confira-se:

> *"Certifico que em cumprimento ao mandado acima mencionado, dirigi-me no dia, endereço descrito no mandado e no atual endereço da mesma rua Qd 22 Lt 29, e horário abaixo descrito e aí sendo CITEI Maria Selma Alves dos Santos" (f. 47).*

Expedido mandado de constatação obteve-se a informação de que, *"no local encontra-se exercendo posse sobre o imóvel as seguintes pessoas: Francisco Denis de Oliveira, R.G. n. 073.894 – SSP/MS, Rosilene Souza de Oliveira, CPF 021775183"* (f. 73).

Logo, patente a ilegitimidade da apelada em figurar no pólo passivo da ação reivindicatória.

A propósito:

> *"Reivindicatória – Pretensão ajuizada contra quem não exerce a posse sobre o imóvel – Ilegitimidade passiva reconhecida, ainda mais considerando que na prática o réu não tem condições de cumprir o comando judicial imposto a quem não tem a posse da coisa -Recurso provido."* (APELAÇÃO n. 9112323-77.2009.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Des. FÁBIO PODESTÁ, data do julgamento: 22.05.2013, data de registro: 23.05.2013).

> *"REIVINDICATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - USUCAPIÃO ALEGADO COMO DEFESA - PREJUDICIAL DO PEDIDO DE REIVINDICAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Parte legítima para figurar no pólo passivo da ação reivindicatória é aquele que retém a coisa de modo injusto, sendo inadequada a propositura da ação contra aquele que não mais detém a posse do imóvel reivindicando. A prescrição aquisitiva pela usucapião, alegada em defesa contra pleito reivindicatório, comprovado os seus requisitos, embora não sirva como título para a*

> *transcrição, obsta ou impede a procedência da ação reivindicatória. Em se tratando de sentença não condenatória, os honorários advocatícios, em razão da sucumbência, fixam-se, consoante o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, em percentual apreciado eqüitativamente pelo Juiz."* (TJ/MG, Apelação Cível 1.0472.03.001772-8/001, Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06.09.2006, publicação da súmula em 29.09.2006).

Ainda, infere-se que os apelantes não demonstraram interesse em corrigir o vício, uma vez que intimados para se manifestarem sobre o certificado pelo Oficial de Justiça, no sentido de que o imóvel está ocupado por outras pessoas, mantiveram-se silentes (f. 75).

Ademais, não restou demonstrado nos autos que a apelada, dolosamente deixou o imóvel com a intenção de dificultar a vindicação dos apelantes, o que permitiria, em tese, demandar tanto contra o possuidor ficto quanto o verdadeiro.

Carlos Roberto Gonçalves, citando a obra de Marco Aurélio S. Viana, discorre sobre o assunto;

> *"MARCO AURÉLIO S. VIANA, apoiado nas lições de CARVALHO SANTOS e LAFAYETTE, salienta que duas situações podem ocorrer: "a) a ação pode ser dirigida contra aquele que deixou de possuir com dolo, ou seja, com a intenção de dificultar a vindicação pelo autor. É o que se dá quando o possuidor toma ciência da ação ou da possibilidade de seu ajuizamento, e, para dificultar a atuação do proprietário, transfere o bem para outra pessoa. Se o autor prova o dolo na transferência, fica-lhe facultado demandar o possuidor ficto ou o verdadeiro;"* (Direito Civil Brasileiro, Volume 5, 5ª ed, 2010, p. 239).

Quanto à pretensão dos apelantes de nomear à autoria o Sr. Walmir, que se intitulou proprietário e permitiu que a apelada ocupasse o bem vindicado, melhor sorte não lhes assiste, tendo em vista que ausentes os requisitos deste instituto processual.

Dispõe o art. 62 do Código de Processo Civil que: *"Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor".*

Trata-se da situação do mero detentor que, conforme os ensinamentos de Nélson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *"demandado em nome próprio, deve nomear à autoria o verdadeiro responsável: o possuidor ou o proprietário. Isto porque quem detém, o faz em nome de outrem, sendo parte passiva ilegítima para figurar em ação que tenha por objeto a coisa detida"* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, Editora RT, 2010, p. 294).

No caso, a apelada não detém o imóvel vindicado. Assim, falta-lhe a condição indispensável ao uso da nomeação à autoria. Além disso, a nomeação à autoria é dever imposto pela lei ao réu, que deixando de fazê-lo quando for o caso, responde por perdas e danos (art. 69, inc. I e II, C.P.C.).

Se não bastasse, esta pretensão contraria o próprio objeto da apelação cível, que visa reconhecer a legitimidade passiva da apelada, uma vez que, acolhida a nomeação à autoria, haveria a retirada da apelada do pólo passivo, com a continuidade da ação contra o nomeado, isto é, a pessoa conhecida como Walmir.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0018609-09.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNET – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO – DEFEITO INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – APLICAÇÃO DO CDC – RECURSO IMPROVIDO.

Se a concessionária deu causa e concorreu para que o serviço de internet contratado pelo consumidor não pudesse ser utilizado, por ausência de profissionalismo, trata-se de erro injustificável para os efeitos do art. 42 do C.D.C.

Demonstrado que o serviço contratado não pode ser utilizado por culpa da empresa de telefonia, compete à concessionária restituir ao consumidor o valor que recebeu indevidamente, em dobro, por se estar diante de um engano injustificável, em conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 42 do C.D.C.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Brasil Telecom S/A, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Cobrança indevida c/c Restituição de Valores que lhe move Idair Antônio da Costa, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que assim dispôs:

> *"Posto isso, e por tudo que nos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos contidos nesta ação de repetição c/c indenização por danos morais que Adair Antônio da Costa move em desfavor de Brasil Telecom S/A, para o fim de condenar a empresa de telefonia demandada a restituir, em dobro, a quantia paga por serviços não prestados (R$ 444,01x2 = R$ 888,02 – oitocentos e oitenta e oito reais e dois centavos) devendo sobre o respectivo "quantum" incidir juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação e correção monetária, pelo IGPM, a partir do efetivo desembolso;*
>
> *Tendo sido as partes vencidas e vencedoras ao mesmo tempo, condeno-as no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais). A sucumbência fica assim distribuída: 50% (cinquenta por cento) por conta da ré e 50% (cinquenta por cento) por conta da autora, os quais ficam diferidos nos moldes do art. 12 da Lei 1.060/50." (f. 132 v.º).*

A apelante sustenta que a cobrança de valores de terceiros em fatura telefônica é autorizada pela ANATEL, através do disposto na Resolução n. 426/05, art. 85.

Assevera a apelante que, com intuito de ofertar a seus clientes a facilidade de pagamento de serviços diversos através da fatura telefônica, sendo o provedor indispensável à conexão da internet, apenas arrecada os valores de terceiros em fatura telefônica, através das quais a empresa contratante, no caso, a BR Turbo, é a responsável pela obtenção da autorização do cliente para a realização da inserção do valor correspondente aos seus serviços na fatura telefônica.

Assevera que compete exclusivamente à prestadora BR Turbo a responsabilidade pela comercialização dos seus serviços de navegação na internet, o relacionamento com seus clientes, bem como o cumprimento de toda legislação e arcabouço normativo específico, relacionado a estas atividades.

Alega que não praticou qualquer ato contrário à lei, de modo que a sentença deve ser reformada, a fim de que a condenação recaia tão somente à empresa BRT Serviços de Internet S/A.

Explica que, no tocante à devolução em dobro, é imprescindível que exista, além do elemento objetivo, a intenção que o agente realize o ato com má-fé.

Esclarece que não demandou quanto a dívida alegada pelo apelado, de forma que não houve má-fé capaz de ensejar a devolução em dobro pretendida.

Aduz que a boa-fé é presumida, devendo a má-fé ser comprovada, e que esta prova não existe nos autos, e que por tal motivo deve ser aplicada a Súmula 159 do STF.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Brasil Telecom S/A, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª. Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Cobrança indevida c/c Restituição de Valores que lhe move Idair Antônio da Costa, objetivando a reforma da sentença que assim dispôs:

> *"Posto isso, e por tudo que nos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos contidos nesta ação de repetição c/c indenização por danos morais que Adair Antônio da Costa move em desfavor de Brasil Telecom S/A, para o fim de condenar a empresa de telefonia demandada a restituir, em dobro, a quantia paga por serviços não prestados (R$ 444,01x2 = R$ 888,02 – oitocentos e oitenta e oito reais e dois centavos) devendo sobre o respectivo "quantum" incidir juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação e correção monetária, pelo IGPM, a partir do efetivo desembolso;*
>
> *Tendo sido as partes vencidas e vencedoras ao mesmo tempo, condeno-as no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais). A sucumbência fica assim distribuída: 50% (cinquenta por cento) por conta da ré e 50% (cinquenta por cento) por conta da autora, os quais ficam diferidos nos moldes do art. 12 da Lei 1.060/50." (f. 132 v.º).*

A apelante sustenta que, a cobrança de valores de terceiros em fatura telefônica é autorizada pela ANATEL, através do disposto na Resolução n. 426/05, art. 85.

Assevera que, a apelante, com intuito de ofertar a seus clientes a facilidade de pagamento de serviços diversos através da fatura telefônica, sendo o provedor indispensável à conexão da internet, apenas arrecada os valores de terceiros em fatura telefônica, através das quais a empresa contratante, no caso, a BR Turbo, é a responsável pela obtenção da autorização do cliente para a realização da inserção do valor correspondente aos seus serviços na fatura telefônica.

Assevera que, compete exclusivamente à prestadora BR Turbo a responsabilidade pela comercialização dos seus serviços de navegação na internet, o relacionamento com seus clientes, bem como o cumprimento de toda legislação e arcabouço normativo específico, relacionado a estas atividades.

Alega que não praticou qualquer ato contrário à lei, de modo que a sentença deve ser reformada, a fim de que a condenação recaia tão somente à empresa BRT Serviços de Internet S/A.

Explica que, no tocante à devolução em dobro, é imprescindível que exista, além do elemento objetivo, a intenção que o agente realize o ato com má-fé.

Esclarece que não demandou quanto a dívida alegada pelo apelado, de forma que não houve má-fé capaz de ensejar a devolução em dobro pretendida.

Aduz que a boa-fé é presumida, devendo a má-fé ser comprovada, e que esta prova não existe nos autos, e que por tal motivo deve ser aplicada a Súmula 159 do STF.

O recurso não merece provimento.

A autora ajuizou ação de indenização por cobrança indevida c/c restituição de valores, alegando que, desde o ano de 2008, contratou os serviços de internet, porém, desde o início do contrato nunca conseguiu usufruir do serviço, embora tenha pago todos os meses.

A apelada, ainda explica que, por diversas vezes tentou solucionar o problema, tanto que foram gerados os seguintes protocolos: 8469000000072464001/ 84600000604721961/ 9720090310/ 114900008/ 2009313742231.

Entretanto, a autora a fim de solucionar o problema, contratou um técnico especializado, que informou ao consumidor sobre a impossibilidade dele usufruir o serviço, pois a sua residência não alcançava o sinal da empresa.

Diante desta informação, a requerente foi informada pela empresa requerida, ora apelante, de que não seria mais cobrado em sua fatura telefônica os serviços de BR Turbo internet e que não poderia devolver os valores cobrados.

O Juiz singular condenou a empresa requerida, pois de acordo com seus fundamentos, a requerida ao apresentar contestação, apenas fez alegações genéricas, as quais não tiveram o condão de contrapor a versão apresentada na exordial, e, por isso, presumiu como verdadeiros os fatos alegados na inicial.

Denota-se que a hipótese vertente refere-se a uma relação de consumido. Logo, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, de acordo com o artigo 6º, do CDC, são direitos básicos do consumidor:

> *"I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*
>
> *II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;*

> *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;*
>
> *IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;*
>
> *V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*
>
> *VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*
>
> *VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;*
>
> *VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, sendo as regras ordinárias de experiência;*
>
> *IX – vetado;*
>
> ***X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral."*** *(grifei).*

Na hipótese dos autos, denota-se que a apelada comprovou a impossibilidade de usufruir dos serviços contratados, em razão da distância da central e do local onde seria utilizada a internet, tanto que o laudo realizado por profissional que contratou assim especificou: "ultrapassa limite mínimo de distância da Estação BRT". (fl. 17)

Do mesmo modo, a apelada também comprovou o pagamento do serviço, pelo qual não pode utilizar, através das faturas de jan/08; fev/08; dez/08; jan/09; fev/09; (fls. 18/23).

Outrossim, ao analisar os documentos apresentados pela apelante, vê-se que a autora por diversas vezes procurou a empresa para solucionar o problema, mas nenhuma providência foi realizada.

Embora a apelante tenha apresentado os documentos de fls. 53/82, vê-se que em sua contestação nada asseverou sobre os fatos alegados na exordial, apenas esclarecendo que a cobrança foi correta e de acordo com as Resoluções da ANATEL.

Outrossim, é possível verificar dos autos que, a apelante intimada para produzir provas, requereu o julgamento do processo no estado em que se encontrava.

Logo, agiu com acerto o magistrado ao admitir como verdadeiros os fatos alegados na inicial, pois diante do conjunto probatório acostado aos autos; a apresentação de alegações genéricas na contestação; e, a constatação da existência de pagamento por serviços não prestados, a apelante não pode se eximir de ressarcir a consumidora.

Ademais, cabe ressaltar que o fornecedor do serviço apenas não fica responsável pelo defeito, quando este não existir ou a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro, *ex vi*:

> *"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.

(...)

§ 3.º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro." (grifado).

Portanto, como a apelante deixou de comprovar que o defeito não existia e, outrossim, que a impossibilidade de usufruir dos serviços foi culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, então, correta a sentença, que a condenou a devolver os valores que recebeu da apelada.

No que tange à restituição em dobro, estabelece o parágrafo único do art. 42 do CDC:

"O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição de indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetário e juros legais, salvo hipótese de engano justificável"(destaquei).

Ao analisar os autos, verifica-se que não se faz presente o engano justificável, a fim de justificar a devolução na forma simples.

No caso, a apelante era ciente do defeito, pois recebia as reclamações da apelada, mas não solucionava o problema, e, em contrapartida, continuava cobrando por serviços que não eram utilizados pela apelada.

Evidencia-se, portanto, a inexistência do engano justificável a ensejar a restituição na forma simples.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 08 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800106-39.2013.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALIMENTOS GRAVÍDICOS – LEI ESPECIAL – JUNTADA AOS AUTOS DO MANDADO CITATÓRIO COM PRAZO INFERIOR A DEZ DIAS DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 241, II E 277, DO CPC – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – ACOLHIDA – COM O PARECER.

Sendo inferior a dez dias o prazo transcorrido entre a data da juntada do mandado de citação e a data da audiência de conciliação, fica caracterizado o cerceamento de defesa com a consequente nulidade de todos os atos processuais que sucederam à citação.

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 com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

D. M. D. D., inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos de Alimentos - Lei Especial n. 5.478/68 que move em face de J. B. G., interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente, condenando D. M. D. D. a pagar alimentos gravídicos a J. B. G., no valor de 30% do rendimento bruto ou 50% do salário mínimo, o que for maior, pelo período da gestação; e, após o nascimento, o pagamento de referida importância ao filho da requerente, em substituição à requerente.

O apelante aduz preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante à inobservância ao contido no artigo 277 do CPC, vez que a audiência una além de ser realizada dois dias após a citação do mesmo, cerceou seu direito a ampla defesa e apresentação ou produção de provas, favorecendo sua condenação.

No mérito requer a total reforma do *decisum*, a fim de que seja exonerado do pagamento de alimentos em favor da apelada, porquanto os depoimentos colhidos no processo devem ser vistos com ressalvas haja vista que as testemunhas são amigas da apelada, demonstrando fortes indícios de favorecer a amiga, especialmente porque se conhecem há anos.

Subsidiariamente, requer sejam minorados os alimentos fixados na sentença, pois está desempregado e sua renda advém atualmente de *"bicos"*, da ajuda de familiares e de amigos e, além disso, possui outros dois filhos e uma companheira *"de maneira que sua renda mal lhe garante condições dignas de subsistência*" (f. 41).

Salienta que a apelada, *"apesar de informar estar desempregada e necessitar de auxílio, não demonstrou qualquer prova de tais alegações, nem mesmo juntou qualquer documento atinente, sendo certo que por mais dura que seja sua situação vivenciada, não se pode injustamente atribuí-la à custa do recorrente."*

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar e no mérito pelo provimento parcial.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

D. M. D. D., inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, nos autos de Ação de Alimentos - Lei Especial n. 5.478/68 que lhe move J. B. G., interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente, condenando D. M. D. D. a pagar alimentos gravídicos a J. B. G. no valor de 30% do rendimento bruto ou 50% do salário mínimo, o que for maior, pelo período da gestação; e, após o nascimento, o pagamento de referida importância ao filho da requerente, em substituição.

O apelante aduz preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante à inobservância ao contido no artigo 277 do CPC, uma vez que o recorrente foi citado para apresentar sua resposta dois dias antes da data da realização da audiência, inviabilizando, desta forma, sobremaneira sua resposta, pois lhe foram suprimidos oito dias de seu prazo, conforme certidão de f. 25. Assim, a audiência é una, além de ter sido realizada dois dias após a citação do mesmo, cerceou seu direito a ampla defesa e apresentação ou produção de provas, favorecendo sua condenação.

No mérito, relata que as declarações da Sra. E. da S. B. (f. 9) e de A. de S. R. (f. 27), demonstram fortes intentos de favorecer a recorrida, porquanto são amigas.

Salienta que não foram ouvidas as outras duas testemunhas, nem mesmo a apelada.

Obtempera que não há nos autos nenhum indício de sua paternidade.

Expõe que se encontra desempregado, tendo de socorrer-se de pequenos "bicos" e ajuda de familiares e amigos, além disso, possui outros dois filhos e uma companheira de maneira que sua renda mal lhe garante condições dignas de subsistência.

Explica que a apelada, apesar de informar estar desempregada e necessitar de auxílio, não demonstrou qualquer prova de tais alegações, nem mesmo juntou qualquer documento atinente, sendo certo que por mais dura que seja sua situação vivenciada, não se pode injustamente atribuí-la à custa do recorrente.

Requer a total reforma do *decisum*, a fim de que seja exonerado do pagamento de alimentos em favor da apelada.

Subsidiariamente, requer sejam minorados os alimentos fixados na sentença.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento da preliminar e no mérito pelo provimento parcial.

Tenho que a preliminar deve ser acolhida.

Como se pode verificar à f. 22, o mandado de citação do réu foi juntado aos autos no mesmo dia em que ocorreu a audiência de conciliação e julgamento (dia 20.03.2013), quando, na verdade, é a partir daí (juntada do mandado de citação devidamente cumprido) que se inicia o prazo para apresentação da defesa, nos termos do artigo 241, II, do CPC, que assim estabelece:

> *"Art. 241 do CPC - Começa a correr o prazo:*
>
> *(...)*
>
> *II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido;"*

Além disso, o réu-apelante foi citado apenas 2 dias antes da audiência, como se pode observar do documento acostado à f. 25. E como se pôde ver do artigo 7º da Lei de Alimentos Gravídicos, *"O réu será citado para apresentar resposta em 5 dias."*

Contudo, *in casu*, o réu teve somente 2 dias para constituir advogado, arrolar documentos e testemunhas, bem como confeccionar a peça defensiva a qual deveria ser apresentada em audiência.

Sendo assim não foi observado o artigo 277 do CPC, já que audiência de conciliação foi realizada no mesmo dia da juntado do mandado de citação devidamente cumprido (f. 22, 27).

Diz o artigo 277 do CPC:

> *"Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro."(Sublinhei.)*
>
> *Como bem observado pelo parecer ministerial:*
>
> *"Nesse contexto, a não oportunização de tempo hábil para a parte se movimentar minimamente no sentido de defender-se em audiência, caracteriza cerceamento do direito de defesa, por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade processual, acarretando, assim, nulidade absoluta do processo e da sentença, por error in procedendo, merecendo os autos retornar à instância singela para que lá se oportunize ao réu bem defender-se dos argumentos aquilatados pela autora-apelada." (f. 102).*

Por sua vez, jurisprudência é pacífica no sentido de que o réu deve ser citado com antecedência mínima de dez dias da data da realização da audiência de conciliação, sob pena de cerceamento de defesa e, por consequência de nulidade, *verbis*:

"ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. RITO SUMÁRIO. CITAÇÃO VÁLIDA. JUNTADA AOS AUTOS DO MANDADO CITATÓRIO COM PRAZO INFERIOR A DEZ DIAS DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 241, II E 277, DO CPC. Declaração de nulidade da audiência de conciliação e de todos os atos subseqüentes, devolvendo-se ao réu o prazo para defesa. Recurso parcialmente provido." (TJSP; AI 0373227-04.2010.8.26.0000; Ac. 4804664; Cotia; Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Cesar Lacerda; Julg. 09.11.2010; DJESP 13.01.2011).

"APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. Reconhecida a ocorrência de cerceamento de defesa, eis que a citação do réu não se aperfeiçoou nos dez dias anteriores à data designada para a realização da audiência de conciliação, prazo esse que se inicia com a juntada da carta precatória aos autos. Inteligência do "caput do artigo 277 combinado com o artigo 241, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil. Orientação do Superior Tribunal de Justiça. Exame da doutrina. Sentença anulada. Recurso provido." (TJSP; APL 994.09.313869-0; Ac. 4757274; Socorro; Oitava Câmara de Direito Público; Rel. Des. Osni de Souza; Julg. 13.10.2010; DJESP 28.10.2010).

"PROCESSUAL CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). INDENIZAÇÃO. COBRANÇA. PROCEDIMIENTO SUMÁRIO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. CITAÇÃO. ANTECEDÊNCIA MÍNIMA. PRAZO. CONTAGEM. DATA DA JUNTADA AOS AUTOS DO MANDADO. CONTESTAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. REVELIA. AFIRMAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA DEFESA. ILEGALIDADE. ELUCIDAÇÃO DA CAUSA POSTA EM JUÍZO NA SUA EXATA EXPRESSÃO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO CITRA PETITA. NULIDADE. COMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Sujeitando-se a ação ao procedimento sumário, a oportunidade para o réu apresentar defesa é representada pela audiência de conciliação, devendo a citação, de forma a ser resguardada tempo hábil à preparação da contestação, ser aperfeiçoada com antecedência mínima de 10 (dez) dias do ato, contado esse prazo da data da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, e não da consumação da diligência, pois somente com a anexação ao processo da comprovação da efetivação da citação é que resta aperfeiçoada e irradia os efeitos que lhe são próprios (CPC, arts. 241 e 277) (...)." (TJDF; Rec. 2009.01.1.014007-5; Ac. 429.594; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJDFTE 01.07.2010; Pág. 91).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VEICULAÇÃO PROPAGANDA RIRITO SUMÁRIO CITAÇÃO. ART. 277 DO CPC. ANTECEDÊNCIA MÍNIMA. PRAZO. 10 DIAS NÃO OBSERVÂNCIA -CITAÇÃO VIA CORREIO (A. R.). ART. 241 DO CPC. PRAZO CONTAGEM DA JUNTADA DO AVISO DE RECEBIMENTO AOS AUTOS. NULIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE DEMAIS MATÉRIAS PREJUDICADAS. 1. No procedimento sumário, a inobservância do interstício de 10 (dez) dias entre a citação e a audiência de conciliação, instrução e julgamento causa a nulidade do processo, salvo quando o réu comparece ao ato e nada alega a respeito (RESP 782444/SP, Rel. Ministro castro filho, terceira turma, julgado em 08.11.2005, DJ 28.11.2005 p. 290). 2. Segundo preceitua expressamente o artigo 241 do código de processo civil, quando a citação for pelo correio, o prazo começa a correr da juntada aos autos do aviso de recebimento." (TJPR; Ag Instr 0644667-5; Curitiba; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Costa Barros; DJPR 05.04.2010; Pág. 277).

Esta Corte não destoa:

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – INDENIZAÇÃO – RITO SUMÁRIO – CITAÇÃO VÁLIDA – JUNTADA AOS AUTOS DO MANDADO CITATÓRIO COM PRAZO INFERIOR A DEZ DIAS DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 241, II E 277, DO CPC – RECURSO PROVIDO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

> *Sendo inferior a dez dias o prazo transcorrido entre a juntada do mandado de citação e a audiência de conciliação, restou caracterizado o cerceamento de defesa com a consequente nulidade de todos os atos processuais que sucederam à citação.* (TJMS; 2010.034690-7; Relator - Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli).

Assim, sendo inferior a dez dias o prazo trans corrido entre a juntada do mandado de citação e a data da realização da audiência, fica caracterizado o cerceamento de defesa, razão pela qual, todos os atos processuais que sucederam à citação devem ser anulados.

Ante o exposto, e com o parecer, conheço do recurso e acolho a preliminar de cerceamento de defesa, para determinar a anulação de todos os atos processuais que sucederam à citação, ficando mantida, contudo, a liminar concedida que fixou os alimentos provisórios em favor do recém nascido, tendo em vista o fato de a criança já ter nascido, conforme informado pela Defensoria, uma vez que o parto estava previsto para 22.05.2013 (f. 92).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE 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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000964-13.2011.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS – COBRANÇA DE ICMS – SÚMULA 166 DO STJ – SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO QUE NÃO CONFIGURA CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

1. Inexiste fato gerador do ICMS sem que ocorra a prática de negócio jurídico mercantil.

2. A cobrança de ICMS só deve incidir sobre operação relativa a circulação de mercadoria efetivamente realizada e não sobre a mera saída presumida de mercadorias.

3. Quando há apenas transferência de bens de um estabelecimento para outro do mesmo titular, sem que ocorra circulação econômica, não se pode exigir o ICMS, vez que não ocorreu o fato gerador do tributo.

4. De acordo com uma apreciação equitativa, e, de acordo também com as alíneas do §3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, ou seja, "o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço", os honorários devem ser mantidos.

5. Tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 22 de outubro 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 Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Naviraí, nos autos da ação de repetição de indébito c/c compensação de dívidas movido por B.E.H. GOLTZ - ME.

Em síntese, alega que: I) a exigência do ICMS ocorreu devido à apelada ter procedido baixa do estoque final de mercadorias existente no seu estabelecimento, quando da transferência para outro estabelecimento,

o que configurou a circulação de mercadorias e o fato gerador do aludido imposto estadual (art. 155, II, §º, I do art. 155 da CF); II) O ICMS incide no momento da saída de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, fulcrado no art. 13, I da Lei 1.810/97; III) devem ser reduzidos os honorários advocatícios para R$ 400,00 (quatrocentos reais) e; IV) prequestionamento das questões arguidas no recurso.

Ao final requer o provimento.

Em contrarrazões o apelado manifesta pelo improvimento (f. 169/179).

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Naviraí, nos autos da ação de repetição de indébito c/c compensação de dívidas movido por B.E.H. GOLTZ - ME.

Em síntese, alega que: I) a exigência do ICMS ocorreu devido à apelada ter procedido baixa do estoque final de mercadorias existente no seu estabelecimento, quando da transferência para outro estabelecimento, o que configurou a circulação de mercadorias e o fato gerador do aludido imposto estadual (art. 155, II, §º, I do art. 155 da CF); II) O ICMS incide no momento da saída de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, fulcrado no art. 13, I da lei 1.810/97; III) devem ser reduzidos os honorários advocatícios para R$ 400,00 (quatrocentos reais) e; IV) prequestionamento das questões arguidas no recurso.

In casu, o autor B.E.H. Goltz - ME, propôs ação de repetição de indébito c/c compensação de dívidas em face do Estadode Mato Grosso do Sul, dizendo, em síntese, o seguinte: A) em 08.10.2008 fez transporte de seu estoque desta cidade para a cidade de Querência, no Estado de Mato Grosso em virtude de mudança de estabelecimento comercial, sendo essa transferência devidamente requerida na Junta Comercial, como também o transporte foi acobertado por nota fiscal; B) todavia os bens transportados foram tributados pelo fisco estadual no valor de R$ 4.259,18, cujo recolhimento se deu em 8.10.08; C) esse pagamento foi indevido porque a transferência de estoque de um estabelecimento comercial para outro do mesmo contribuinte, ainda que em diferentes Estados da Federação, não é causa de incidência do ICMS nos termos do artigo 3º, inc. VI da Lei Complementar n. 87/96, lei essa que vincula todos os Entes Federados, sendo que no art. 7º, inc. X, o próprio Código Tributário Estadual repete a redação do dispositivo da lei referida; D) o art. 165, inc. I, do Código Tributário Nacional dispõe expressamente que terá direito a repetição do indébito o contribuinte que recolher indevidamente qualquer modalidade de imposto; E) tendo recolhido indevidamente aos cofres público e sendo devedor de multa decorrente de preceito fiscal no valor de R$ 4.468,04, tem direito de compensar os valores nos termos do art. 156, inc. II do CTN, pois a compensação é uma forma de extinção do crédito tributário, já que são as duas dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Amparo desses argumentos pediu, em antecipação de tutela, a suspensão do crédito tributário da Ré e, a final, seja reconhecido seu crédito no valor de R$ 4.259,18, o que deverá ser corrigido monetariamente e com juros de mora desde o pagamento indevido (8.10.08), e também seja reconhecido a compensação de seu crédito com o crédito do Estado de Mato Grosso do Sul, com a declaração de extinção do crédito tributário e a condenação da Ré em lhe pagar o valor remanescente.

Sucessivamente pede, na impossibilidade de compensação das dívidas, seja reconhecido seu crédito contra a Requerida no valor de R$ 4.259,18, condenando-a ao pagamento, o que deverá ser feito com correção monetária pelo IGP-M e juros de mora de 1% ao mês.

O Requerido foi citado (fls. 53) e apresentou contestação às (f. 56/76).

O juiz sentenciante julgou procedente o pedido do autor, sob o fundamento de que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conforme Súmula n. 166 do STJ.

Diz o artigo 155, II da Constituição Federal:

> *"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

Ora, da análise da norma supratranscrita, conclui-se, que *"o ICMS incide em três circunstâncias, quais sejam: I) sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que se iniciem no exterior; II) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; e III) prestações de serviços de comunicações, ainda que se iniciem no exterior"*.

Portanto, a simples transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro, quando estes são de propriedade do mesmo titular, a toda evidência, não gera fato gerador do ICMS.

Vale dizer, no caso, não há operação mercantil realizada para que possa ocorrer a válida incidência do tributo.

Sobre o tema, leciona Ives Gandra da Silva Martins (in Curso de Direito Tributário, vol. 2, Edições: CEJUP):

> *"Hoje, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, há uma certa uniformidade de entendimento no sentido de que a 'circulação' a que se refere a Constituição para efeito de determinar a hipótese de incidência tributária é a jurídica. Portanto o bem, para ser objeto de operação de circulação ensejadora da incidência tributária, precisa implicar transferência de propriedade ou da posse em direção ao consumo (...)."*

Cumpre esclarecer, ademais, que a exigência do imposto estadual nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, contida no inciso I do art. 12 da Lei Complementar n. 87/96 e no art. 13 do Código Tributário Estadual, não têm o condão de figurar como permissivos da referida cobrança, pois a legislação infraconstitucional, no caso, afronta a norma inserta no art. 155, inciso II, da Carta Maior.

A discussão epigrafada, aliás, já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula166, assim redigida: *"Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."*

Por tais razões, insista-se, a simples transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro, quando estes são de propriedade do mesmo titular, não é causa de fato gerador do ICMS.

A propósito:

> *"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE TUTELA JUDICIAL COM EFEITOS NORMATIVOS FUTUROS ANALISADAS COM O MÉRITO. PREVISÃO LEGAL DE INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR.*

INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. INOCORRÊNCIA DA TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DA MERCADORIA. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. SÚMULA 166 DO STJ. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Inexiste fato gerador do ICMS sem que ocorra a prática de negócio jurídico mercantil.

A cobrança de ICMS só deve incidir sobre operação relativa a circulação de mercadoria efetivamente realizada e não sobre a mera saída presumida de mercadorias.

Quando há apenas transferência de bens de um estabelecimento para outro do mesmo titular, sem que ocorra circulação econômica, não se pode exigir o ICMS, vez que inocorreu o fato gerador do tributo." (Mandado de Segurança - N. 2011.005887-8/0000-00 - Capital. Relator Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. J. 5.9.2011, Primeira Seção Cível do TJ-MS).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.(Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) *2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ). 3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;" 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. 5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais."(Roque Antonio Carrazza, in ICMS,*

> *10ª ed., Ed.Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.* (Precedentes: REsp. n. 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.12.1995, DJ 11/03/1996; REsp. n. 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.06.1994, DJ 27.06.1994) *7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008**[3]**. (Destaquei)* (REsp. n. 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25.08.2010, DJe 10.09.2010).

Portanto, o imposto só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos possuidores originários a outros e aos consumidores finais, ou seja, incide sobre operações com mercadorias e não sobre a simples 'circulação' de mercadorias.

Somente a passagem de mercadoria de um titular a outro, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS.

Alega o recorrente que devem ser reduzidos os honorários advocatícios para R$ 400,00 (quatrocentos reais).

O juiz da causa fixou-lhe em R$ 800,00 (oitocentos reais).

Melhor sorte não lhe socorre, já que o valor arbitrado demonstra-se justo pelo tempo, lugar e a natureza da causa.

Assim, a sentença deve ser mantida também com relação aos honorários.

Neste contexto, de acordo com uma apreciação eqüitativa, e, de acordo também com as alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, ou seja,*"o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço"*, os honorários devem ser mantidos.

Por fim, quanto ao prequestionamento realizado pela recorrente, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado.

Nesse sentido, o posicionamento deste Sodalício, *in verbis*:

> "APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – (...) - PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO." (TJMS; Apelação Cível n. 2009.006947-2; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Órgão Julgador: 5ª Turma Cível; julgamento: 02.04.2009).

Dessa maneira, desprovejo o pedido de manifestação expressa de cada um dos dispositivos veiculados.

Posto isso e que dos autos consta, nego provimento ao recurso de apelação cível.

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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0045505-21.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANUTENÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA ABSTENÇÃO DE FAZÊ-LO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – JUROS MORATÓRIOS – EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA – PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A manutenção indevida da inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito configura ato ilícito a ensejar o direito à indenização pelos danos morais, os quais independem de provas em juízo (*dano in re ipsa*).

2. Cabe ao credor o ônus de providenciar a retirada do nome do devedor de cadastros restritivos.

3. Para determinar o valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade.

4. O termo inicial para a contagem dos juros de mora é a data do evento danoso, conforme Súmula n. 54 do STJ.

5. Em se tratando de dano moral, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor da indenização, ou seja, a data da prolação do acórdão, não se aplicando a Súmula n. 43 do STJ.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 8 de outubro 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 Joel Pereira da Silva contra decisão proferida pelo juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débitos c/c pedido de indenização por danos morais c/c antecipação de tutela movida contra o Banco Santander S/A, concedeu parcialmente a tutela para declarar inexistente o débito de R$ 8.179,67.

Em síntese, alega que:

a) A presente ação foi motivada pela manutenção da negativação do nome do apelante nos órgãos de proteção ao crédito, em descumprimento à decisão, que determinou a sua exclusão dos bancos de dados, proferida nos autos de ação revisional n. 00364975-67.2008;

b) Restou provado que a apelada tomou ciência da referida concessão de liminar e se absteve de cumpri-la;

c) O dano extrapatrimonial decorre do fato ilícito de manutenção indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, e uma vez demonstrada tal circunstância, como a foi, configurado está o dano.

Pleiteia ao final a procedência do recurso, bem como a condenação do apelado em custas processuais, e a fixação de honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Contrarrazões (fls. 166/170) pela improcedência do apelo.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 162).

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Joel Pereira da Silva contra decisão proferida pelo juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débitos c/c pedido de indenização por danos morais c/c antecipação de tutela movida contra o Banco Santander S/A, concedeu parcialmente a tutela para declarar inexistente o débito de R$ 8.179,67.

Dos Fatos e da Responsabilidade.

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

Tecendo comentários acerca da aplicação do supracitado artigo, ensina Maria Helena Diniz:

> *"Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imprudência [...]; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato [...]; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente"* (*in* Código Civil Anotado, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 196 e 197).

Desse modo, para que se caracterize o ilícito civil necessária faz-se a conjugação de três requisitos, quais sejam, o fato lesivo causado pelo agente, a ocorrência de dano moral ou patrimonial e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

No caso em apreço, o pedido de indenização por danos morais está consubstanciado na manutenção da negativação do nome do autor em órgão de proteção ao crédito, mesmo após ter sido obstado de inscrevê-lo, em primeira instância, por liminar proferida nos autos da Ação Revisional n. 00364975-67.2008 (f. 16/17), em 16.10.2008.

Para solução da lide, importa esclarecer que a inscrição do nome do autor junto ao rol de devedores do SPC, Associação Comercial e Empresarial de São Paulo/SP, se deu em 14 de fevereiro de 2009, conforme se vê dos documentos de f. 14 e 27 dos autos e do SERASA, em 29 de janeiro de 2009 (f.43), portanto, após a decisão do juiz singular que o impediu de fazê-lo.

Em consulta ao andamento processual da Ação Revisional n. 00364975-67.2008 no Portal de Serviços e-SAJ, verifica-se que o patrono da ré teve ciência inequívoca, em 24.06.2009, da decisão liminar proferida, uma vez que fez carga dos autos após a citação – cuja juntada do respectivo Aviso de Recebimento se deu na mesma ocasião.

Logo, verifica-se que a manutenção da negativação foi indevida, por evidente, já que desrespeitou à determinação do magistrado de primeiro piso ao não proceder a exclusão do nome do apelante no rol de devedores enquanto em discussão a dívida.

A referida Ação Revisional de Contrato, manejada pelo autor em desfavor da requerida foi encerrada em razão da homologação, em 15.04.2011, da transação celebrada entre as partes (f. 21).

Há que se ressaltar que, mesmo após o acordo realizado naqueles autos, inexiste qualquer indício de que a apelada tenha providenciado a exclusão da inscrição do nome do autor junto aos órgãos de proteção ao crédito, o que ocorreu somente após o magistrado *a quo* deferir a antecipação de tutela neste sentido, nos presentes autos, em 24.10.2011 (f. 33-34).

No que se refere ao ônus de cancelamento e baixa nas anotações negativas, é de responsabilidade do credor, repelindo as teses em contrário, conforme se vê do entendimento do STJ: *"(...) cumpre ao credor providenciar o cancelamento da anotação negativa do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, quando quitada a dívida"* (REsp. n. 437.234/PB, DJ de 29.09.2003).

Releva ressaltar o entendimento esposado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, no julgamento do (REsp. n. 870.582/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23.10.2007, DJ 10.12.2007, p. 380:

> *"constitui obrigação do credor providenciar, junto ao órgão cadastral de dados, a baixa do nome do devedor após a quitação da dívida que motivou a inscrição, sob pena de, assim não procedendo em tempo razoável, responder pelo ato moralmente lesivo, indenizando o prejudicado pelos danos morais causados."*

Visto isso, resta evidenciada a negligência consistente na manutenção do nome do consumidor no serviço de proteção ao crédito, em claro descumprimento à determinação do juiz em liminar proferida nos autos da Ação Revisional, a qual ocasionou ao apelante injúria moral passível de indenização, caracterizando, assim, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente, que deve ser considerada abusiva por abalar a imagem e macular a reputação do autor.

Em casos análogos, assim decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANUTENÇÃO INDEVIDA DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL PRESUMIDO – VINCULAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO AO SALÁRIO-MÍNIMO – ILEGALIDADE – FIXAÇÃO EM VALOR CERTO – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO DE BRASIL TELECOM PARCIALMENTE PROVIDO E DE TELECOMUNICAÇÕES SÃO PAULO IMPROVIDO.*

Se a empresa mantém indevidamente o nome do consumidor nos cadastros de maus pagadores (SERASA e SPC) por dívida já paga, caracterizada está a conduta ilícita e deve responder pela reparação a título de danos morais, uma vez que o dano moral é presumido.

Nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, é vedada a vinculação do salário-mínimo, deve, portanto, ser fixado em valor certo, mas sempre respeitando os parâmetros da razoabilidade.

A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não podendo ser fonte de enriquecimento ilícito de quem irá receber o montante, nem inexpressivo a ponto de não atingir o seu duplo objetivo, que consiste reparação do abalo sofrido pelo ofendido e em punição ao ofensor.

Não restando evidenciada a existência de má-fé, a restituição dos valores pagos indevidamente deve ser realizada de forma simples." (TJMS - j. 6.8.2009 - Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.014997-6/0000-00 - Três Lagoas - Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.)

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DA APELADA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR O DANO MORAL E GERAR A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – RECURSO PROVIDO.

A simples manutenção indevida do nome de uma pessoa nos cadastros de restrição ao crédito é motivo suficiente para ensejar o dano moral, ainda mais quando essa negativação perdura por mais de quatro anos, como no caso dos autos.

Na fixação do quantum indenizatório, devem ser sopesados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade aplicando-os às circunstâncias que o caso apresenta, a fim de compensar o dano e inibir o ofensor para que não mais proceda daquela forma, adequando-se perfeitamente ao previsto no art. 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Recurso provido." (TJMS – j. Apelação Cível n. 2008.022860-2. Terceira Turma Cível. Relator Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli. Julgado em 11.12.2008.)

"E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL CONFIGURADO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A instituição financeira que, por negligência, promove ou mantém a indevida inscrição de nome nos órgãos de proteção ao crédito deve responder pela reparação a título de danos morais, independentemente da comprovação de prejuízo.

Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente." (Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 208.002767-7/0001-00. Segunda Turma Cível. Relator Desembargador Julizar Barbosa Trindade. Julgado em 27.01.2009).

Saliente-se que nos casos de inscrição e manutenção indevida nos órgãos de proteção ao crédito, o dano moral é presumido, bastando o apontamento do nome da pessoa no cadastro de maus pagadores para gerar o dano, culminando no dever de indenizar.

Portanto, uma vez demonstrado o dano moral, impõe-se ao ofensor o dever de indenizar.

Neste sentido:

> *"Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. SERASA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR PARA A INSCRIÇÃO DE SEU NOME NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. DÉBITO DISCUTIDO EM JUÍZO. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO REGISTRO. LEGITIMIDADE DO AVALISTA. A ausência de cientificação prévia da inclusão do nome do consumidor em órgãos de proteção ao crédito, bem como a manutenção nos aludidos cadastros, ensejam a reparação por danos morais, que ocorrem in re ipsa, mormente quando a dívida está sendo discutida em ação revisional e houve ordem judicial para sua retirada. Pendente ação revisional, é proibido ao credor proceder à negativação do nome do devedor em órgãos de proteção ao crédito. Proibição esta que se estende ao avalista do contrato, ainda que este não seja parte na demanda revisional, uma vez que se submete a seus efeitos, nos termos da obrigação assumida. Ressalva de posicionamento pessoal do Relator. APELO PROVIDO."* (Apelação Cível n. 70006244834, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 11.08.2004).

A negativação indevida consiste em dano *in re ipsa*, isto é, que independe de prova, ou seja, caracteriza-se por si só, sendo seu prejuízo deduzido dos nefastos efeitos que provoca ao titular do nome anotado bem como dos prejuízos de ordem psíquica decorrentes do próprio procedimento.

Assim, nem se argumente que é necessária a existência de prova do dano moral, posto que a sua existência presume-se através da simples inscrição/manutenção indevida do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito. Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. VALOR DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *2. A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.*
>
> *3. Agravo regimental improvido."*
>
> (AgRg no Ag 1078183/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10.11.2009, DJe 23.11.2009). Grifei.

Do valor da indenização

É notório que os danos morais são devidos quando a parte é atingida nos seus direitos da personalidade, sofrendo dor, desgosto e sofrimento, não se confundindo com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

A reparação de dano puramente moral foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, que a previu no art. 5º, incisos V e X. O Código Civil de 2002, diferentemente do que continha o de 1916 (art. 159 e 1.518 e seguintes), encampou a orientação constitucional e incluiu norma expressa a respeito da indenizabilidade do dano moral, independentemente de sua repercussão econômica. Trata-se do 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". E, segundo o art. 927, *"aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

A indenização pelo dano moral tem função preventiva, compensatória e punitiva. Carlos Roberto Gonçalves[1], ao citar Sérgio Cavalieri, ensina que:

> *"Só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações, não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo"*.

No caso em tela, o dano moral é indiscutível, como visto acima, restando verificar o valor a ser fixado, condizente com o abalo sofrido.

É sabido que a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio, e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

Com efeito, a dificuldade na mensuração do valor (que, por óbvio, não pode ser tarifada) exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso, estabelecer critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, e extensão do dano e seus efeitos, levando em consideração a valorização do bem jurídico atingido, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.

A respeito do tema, discorre o Doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra Responsabilidade Civil:

> *"o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido"*[2].

Não havendo base financeira ou econômica própria e objetiva, o *quantum* da reparação dos danos morais é aleatório, devendo ser fixado com moderação em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado.

Acerca do valor da indenização, Carlos Alberto Bittar[3] explica que:

> *"(...) diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das parte, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-as,*

1 Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 550.

2 9ª ed, p. 55

3 Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 205/206.

assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado, a reparação devida no caso concreto".

Adiante destaca que:

"(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante".[4]

Pertinentes também são as lições de Humberto Theodoro Júnior[5]:

"O arbitramento da indenização do dano moral é ato exclusivo e indelegável do Juiz.

Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na eqüidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação do quantum com que se reparará a dor moral".

No caso dos autos, verifica-se que as consequências advindas do evento danoso não foram grandes o suficiente para justificar a fixação do *quantum* em patamar elevado.

O autor é técnico eletricista (f. 31). De outro lado, temos uma Instituição Financeira (f. 106).

Assim, levando em conta as particularidades do caso em apreço, em especial a gravidade da lesão, a condição econômica das partes e a manutenção indevida do nome do apelante no serviço de proteção ao crédito, entendo que para a controvérsia examinada, adequada se mostra a indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), montante este que não se mostra nem tão baixo – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevado – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Em decorrência da fixação do valor da indenização neste julgado, passo a estabelecer o termo inicial para a incidência dos juros e da correção monetária.

Dos juros moratórios.

Como cediço, em se tratando de indenização por danos morais, não é possível se considerar em mora antes que tenha conhecimento da condenação e seu valor.

Porém, o STJ já sedimentou entendimento acerca da incidência dos juros de mora (Súmula 54[6]) conforme se vê dos precedentes abaixo:

"PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

(...)

4 Ob. Cit, p. 220.

5 Dano Moral, 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 41.

6 Súmula 54. OS JUROS MORATORIOS FLUEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO, EM CASO DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL.

4. O termo inicial da incidência de juros de mora sobre a condenação por danos morais é a partir do evento danoso ou da citação, conforme se trate de relação extracontratual ou contratual, respectivamente.

5. Tendo em vista que a recorrente, no caso, busca modificar o termo inicial dos juros de mora fixado na origem a partir da citação para a data do arbitramento, o aresto não comporta reforma, no ponto.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 305.943/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.05.2013, DJe 16.05.2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. IDOSOS. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA APÓS ANOS DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que "a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais". (REsp 1255315/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi).

2. A egrégia Segunda Seção firmou o entendimento de que, "no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrismo por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios (REsp. n. 1.132.866/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti).

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 193.379/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.05.2013, DJe 09.05.2013).

Dessa forma, aderindo ao posicionamento da Corte Superior, tratando-se o caso dos autos de dano moral (extracontratual), os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, ou seja, da manutenção indevida do nome da apelante no cadastro de inadimplente.

Da correção monetária.

A correção monetária é devida nos cálculos da atualização de débitos, não se constituindo em um *plus*, mas tão somente uma reposição do valor real da moeda. Logo, trata-se a correção monetária de simples fator de atualização da moeda cujo poder aquisitivo foi desgastado pela inflação.

Isso porque, em se tratando de dano moral, não se afigura razoável computar juros de mora antes que haja provimento jurisdicional fixando o *quantum* indenizatório. É que, ainda não havendo especificação, pelo órgão jurisdicional, da quantia que o agente causador do dano deve pagar a fim de compensar o constrangimento indevidamente imposto à vítima, não há como exigir que o devedor efetue o pagamento de quantia indeterminada.

Como o montante da indenização devido a título de dano moral foi fixado em quantia certa – e, para tanto, se considerou o poder aquisitivo atual-, o termo inicial para a sua incidência é, justamente, o do arbitramento do valor do abalo moral sofrido, porquanto somente daí passou a incidir e sofrer perda inflacionária.

Veja-se que não se fala em trânsito em julgado da decisão, mas sim incidência a partir do momento em que houve o reconhecimento do dever de indenizar e fixou-se o valor pelo abalo moral suportado, exatamente como constou da Súmula 362 do STJ: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."*

Neste sentido são os precedentes da Corte Superior:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N.362/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA N. 54/STJ. TAXA SELIC.*
>
> *(...)*
>
> *2. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do seu arbitramento, consoante dispõe a Súmula n. 362/STJ: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".*
>
> *3. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso, na forma da Súmula n. 54/STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".*
>
> *4. As condenações posteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002 devem observar a aplicação da Taxa Selic, que é composta de juros moratórios e correção monetária.*
>
> *5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, para sanar a omissão nos moldes acima delineados, mantendo incólume o acórdão embargado (e-STJ fls. 306/310)."*
>
> (EDcl no AgRg no AREsp 109.928/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE QUEDA SOFRIDA NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL - AUSÊNCIA DE OMISSÕES NO ACÓRDÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.*
>
> *(...)*
>
> *5.- No que diz respeito ao termo inicial de incidência dos juros, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que incidem, desde a citação, em casos de responsabilidade contratual, hipótese observada no caso em tela.*
>
> *6.- A correção monetária deve incidir a partir do arbitramento do valor da condenação.*

7.- Agravo Regimental improvido."

(AgRg no AREsp 294.670/BA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.04.2013, DJe 03.05.2013).

Por oportuno, vejamos o que frisou o Ministro Teori Albino Zavascki no voto prolatado no Recurso Especial n. 657026, julgado em 21 de setembro de 2004, sobre a aplicação da Súmula 43 do STJ nos casos de indenização por danos morais:

> *"No que pertine à correção monetária sobre dívida decorrente de ato ilícito, determina a Súmula 43/STJ que esta deve correr a partir do evento danoso. Entretanto, consolidou-se o entendimento segundo o qual, nas indenizações por dano moral, o termo a quo para a incidência da atualização monetária é a data em que foi arbitrado seu valor, tendo-se em vista que, no momento da fixação do quantum indenizatório, o magistrado leva em consideração a expressão atual de valor da moeda. Assim, inaplicável, nesses casos, o enunciado da Súmula 43/STJ".*

Quanto ao indexador aplicável, não obstante o IGPM/FGV seja elaborado por instituição de direito privado, este "*goza de prestígio inconteste, razão pela qual o critério por ela utilizado para medir a inflação é plenamente confiável, não merecendo escarnios"* (Apelação Cível n. 1000.600837; rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Mello; J. 21.06.2000; DJ 01.08.2000).

Ademais, é indexador de atualização monetária que melhor reflete, dentro de certo período de tempo, a variação do poder aquisitivo da moeda.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe parcial provimento para fixar a indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com a incidência de juros a partir do evento danoso e correção monetária a partir da prolação do acórdão, devendo a recorrida arcar com as custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, conforme art. 20, § 3º do CPC, considerando o tempo de tramitação do feito e o trabalho realizado pelo patrono do autor.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 08 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0802309-62.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VIATURA DO SAMU – VEÍCULO OFICIAL – SINALIZAÇÃO DE PARADA OBRIGATÓRIA – INVASÃO DE VIA PREFERENCIAL – INTERCEPTAÇÃO DO VEÍCULO CONDUZIDO POR TERCEIRO – LESÃO CORPORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – NÃO COMPROVADA CULPA EXCLUSIVA DA CONDUTORA DA MOTOCICLETA – DANOS ESTÉTICOS E MORAIS DEVIDOS – RECURSO PROVIDO.

Em princípio, o condutor de ambulância do SAMU, ao atender solicitação de apoio ou de atendimento de emergência, tem preferência no trânsito. Isso não significa, no entanto, que possa se descurar dos cuidados necessários para assegurar a incolumidade de pessoas e veículos que se encontram no seu percurso, porque tal preferência é assegurada até o limite de não causar perigo a outrem, tendo o motorista do socorro médico ou qualquer outro veículo oficial o dever de dirigir com atenção para assegurar a segurança no trânsito.

Tendo em vista a responsabilidade objetiva do Poder Público em relação ao ato de seus agentes e o fato de não ter se desincumbido de seu ônus de demonstrar que houve culpa exclusiva da condutora da motocicleta, impõe-se o dever de indenizar pelos danos que seus agentes causaram à vítima de acidente de trânsito.

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, MS, 22 de outubro 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 Daiane Elvira Souza Barbosa Rodrigues contra decisão proferida pelo juízo da 6ª Vara Cível de Dourados, nos autos de ação indenizatória movida contra o Município de Dourados.

Alega, em síntese, que:

1) seja reconhecida a responsabilidade objetiva do recorrido pelo acidente em questão e, por consequência, o dever de indenizar pelo danos sofridos pela recorrente;

2) que tendo o condutor da ambulância do SAMU afirmado que avistou a motocicleta da recorrente vindo em direção ao cruzamento, a certa velocidade, e mesmo assim tendo decidido atravessar a via,pela ela trafegava, assumiu o risco de produzir o resultado danoso;

3) não é relevante o fato do condutor da ambulância ter sido absolvido no âmbito administrativo.

Pugna pelo provimento do recurso, para o fim de reformar a decisão singular e condenar o recorrido ao pagamento dos danos estéticos no valor de R$ 100.000,00 e danos morais de R$ 100.000,00 e R$ 8.000,00 para reparação das cicatrizes decorrentes dos procedimentos cirúrgicos a que foi submetida.

Em contrarrazões, o recorrido pede a manutenção do *decisum* guerreado.

VOTO (EM 15.10.2013)

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

A controvérsia, nestes autos, refere-se a acidente de trânsito ocorrido em perímetro urbano da Cidade de Dourados, envolvendo uma ambulância do SAMU e uma motocicleta Honda/C Biz, conduzida por terceira pessoa, da qual a recorrente era passageira.

O sinistro aconteceu no cruzamento das ruas Bela Vista (sentido sul/norte), em trafegava o veículo em que se encontrava a recorrente e Pedro Rigoti (sentido leste/oeste), em que trafegava a viatura do SAMU, onde há placa de parada obrigatória, como demonstra o boletim de ocorrência e croqui de f. 25-28.

Conforme se aufere dos autos a viatura do SAMU estava se deslocando para dar atendimento de ocorrência, em apoio à outra viatura, quando no cruzamento das referidas vias, houve o abalroamento dos veículos em questão.

Do acidente resultaram lesões corporais graves à recorrente, com fratura exposta e diminuição da perna fraturada, danos que são objeto do seu pedido de indenização.

O condutor da ambulância afirmou, em seu depoimento prestado em procedimento administrativo (f. 163):

> *" quando se dirigiram pela rua Pedro Rigotti, com sirene, giroflex e alerta ligados, ao chegarem na esquina da rua Bela Vista, o depoente diminuiu a velocidade, quase chegando a parar e e avistou um veículo tipo BIZ a cerca de 50 metros, que vinha do sentido bairro-centro. O depoente considerou a distância da motocicleta, bem como estar com sirene intermitente ligados, que a condutora da motocicleta diminuiria a velocidade e aguardaria a passagem da ambulância* (...)."

Já a recorrente assim declarou (f. 169):

> *"(...) se recorda que no dia do acidente por volta das 8 e 10 da manhã se dirigia em uma moto biz estando a depoente na garupa na moto conduzida por sua amiga Glasieli, quando sofreram um impacto do acidente do veículo tipo ambulância SAMU esclarecendo que ocorreu na esquina das ruas Bela Vista e Pedro Rigotti. Que não perceberam a entrada da ambulância na preferencial, apenas tendo sentido o impacto do acidente. Que não ouviu a sirene da ambulânci*a. (...)."

O julgador singular julgou improcedente o pedido da recorrente, reconhecendo que a responsabilidade pelo acidente foi da condutora da motocicleta, "*já que conduzia referido veículo com CNH vencida, sem*

atentar para a segurança do trânsito, nem agir com direção defensiva, muito menos respeitar o direito de trânsito preferencial da ambulância."

Entretanto, em que pesem os bem lançados fundamentos da decisão guerreada, tenho que é necessário ressaltar alguns aspectos relevantes para a solução desta lide.

Na hipótese de acidentes de trânsito envolvendo veículos oficiais, conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, "*a vítima, [...] está dispensada da prova de culpa do motorista da viatura oficial, pois o Estado responde pela indenização, independentemente de prova de culpa de seu agente*". [1]

Segundo esse entendimento, o particular está dispensado de demonstrar a culpa do agente; cabe a ele provar o dano e o nexo causal entre esse dano e a ação ou omissão do agente público, vez que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo. Assim, nem sequer se exige a prova de culpa do agente público causador do dano.

Esclarece José Cretella Jr. que:

> *"A não ser em casos raros, de culpa da vítima ou falha inesperada da máquina o acidente ocasionado pelos veículos públicos se reduza à culpa do agente público. Não obstante haja uma decisão ou outra em sentido contrário, isentando o Estado da obrigação de indenizar, a regra é no sentido de responsabilizar o poder público, patrimonialmente, pelos danos causados por veículos do serviço a particulares*".[2]

O Supremo Tribunal Federal já decidiu no RE n. 116.333-0-RJ, Rel. Min. Carlos Madeira, em 30.06.88, que na ação de reparação de danos, decorrentes de acidente com veículos, a responsabilidade civil ao Estado assenta no risco administrativo e independe da prova de culpa (art. 107 da CF), bastando que o lesado, para obter a indenização, demonstre o nexo causal entre o fato e o dano.

Acrescentou o v. acórdão que não é necessária a prova de culpa do funcionário causador do dano. Tal prova é na verdade, ônus da Administração: cabe-lhe demonstrar se a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento, ou se essa culpa é total.

Concluiu o aresto que não procedia "a escusa de que a vítima não provou a culpa do motorista da Prefeitura", porque "tal exigência, afinal, importa em afronta a norma do art. 107 da Constituição, que consagra o princípio da responsabilidade objetiva do Estado". (1º TACSP – 7ª C. – Ap. Cív. n. 400.868-0 – Rel. Renato Takigucthi).

Assim, no caso *sub examine,* restaram demonstrados o nexo causal e o dano aliados ao fato de que na via em que transitava a viatura do SAMU havia sinalização de parada obrigatória, tendo o condutor ingressado em via preferencial, quando foi atingido pelo veículo em que se encontrava a recorrente.

Dos depoimentos colhidos em procedimento administrativo, o condutor da ambulância afirma que avistou a motocicleta, na qual estava a apelante, mas presumiu que a condutora do referido veículo iria parar ou reduzir a velocidade, mas tal não ocorreu.

Já a apelante alega que não avistou tal viatura e não ouviu a sirene, só percebendo tratar-se de ambulância quando houve o acidente.

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 197.

2 CRETELA JR. José. **O estado e a obrigação de indenizar.** São Paulo: Saraiva, 1980, p. 239. apud STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 514.

Diversamente do que considerou o julgador de primeiro grau, não restou comprovada a culpa exclusiva da condutora da motocicleta pelo acidente de trânsito, não sendo o caso de se concluir essa circunstância, tão somente pelo fato de que se encontrava com sua CNH vencida, porque isso se trata de questão administrativa, que, no caso, não influi na atribuição de culpa pelo evento danoso, ainda considerando que estava vencida há menos de um mês, conforme considerou o Juízo *a quo* (f. 202).

Desse modo, o Poder Público deve responder pela indenização, com base na regra constitucional que responsabiliza de forma objetiva a Administração Pública pelos danos que seus funcionários, agindo nessa qualidade, causarem a terceiros. Somente deixaria de ser responsabilizada se demonstrasse de modo seguro que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, o que, conforme já salientado, não é o caso destes autos.

Ademais, embora seja certo que o condutor de ambulância do SAMU ao atender solicitação de apoio ou de atendimento de emergência tenha preferência no trânsito, isso não significa que possa se descurar dos cuidados necessários para assegurar a incolumidade de pessoas e veículos que se encontram no seu percurso, vez que tal preferência é assegurada até o limite de não causar perigo a outrem, tendo o condutor de ambulância, ou outro veículo oficial o dever de dirigir com atenção para assegurar a segurança no trânsito.

Assim, tenho que o recorrido não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar que houve culpa exclusiva da condutora da motocicleta, o que determina, por consequência, que deva indenizar pelos danos que seus agentes causaram à recorrente.

Dos danos estéticos.

Embora a recorrente tenha pleiteado danos estéticos e indenização para reparação das cicatrizes, decorrentes de procedimentos cirúrgicos, tenho que tais verbas se confundem.

Observo que ela anexou aos autos orçamento do custo para realização da cirurgia para correção das cicatrizes no valor de R$ 8.000,00, quantia esta requerido em seu pedido inicial, não sendo tal documento ilidido por nenhum outro nos autos, motivo pelo qual deverá ser considerado para indenização dos danos estéticos.

Sobre a possibilidade de cumulação da indenização do dano estético com dano moral, é matéria já pacificada pelo STJ, por meio da Súmula 387, com o seguinte teor: *"É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."*

Dos danos morais.

Os documentos de fls. 42-112 e 121-122 revelam que a recorrente sofreu fratura exposta do fêmur direito, passando por diversos tratamentos para a consolidação das lesões, com colocação de fixador externo, parafusos e placa, o que, por óbvio lhe trouxe grande sofrimento e desconforto psicológico, além da dor física que suportou, em razão da lesão corporal decorrente do acidente de trânsito provocado pelo recorrido.

Tais elementos caracterizam dano moral que deve ser reparado. Isso porque, houve, na espécie, ofensa a direito personalíssimo da autora, à sua integridade física, considerando, volto a gizar, que sofreu dores e submeteu-se a procedimentos médicos devido à lesão, sendo, pois, inconsteste o dever do recorrido de indenizá-la.

Quanto à reparação por dano moral, sua quantificação depende de maior dose de subjetividade. Por isso, ela deve ter em conta não só a condição social e econômica do ofensor, mas também a natureza do dano, a sua repercussão, bem como o grau de sofrimento do ofendido.

Ausente limite legal balizador, a indenização pelo dano moral deve ser fixada pelo julgador com o devido comedimento, atingindo um ponto razoável, ou seja, que nem subestime demasiadamente o valor da reparação econômica, nem faça com que a lesão corporal causada em outrem seja considerada geradora de vantagem exagerada.

A respeito do tema, discorre Caio Mário a Silva Pereira, em sua obra Responsabilidade Civil:

> *"o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido".*

Feitas tais ponderações, tenho que o valor de R$ 30.000,00 é razoável à indenização por danos morais devidos à recorrente, já que atende os pressupostos acima elencados.

Posto isso, dou provimento ao recurso interposto por Daiane Elvira Souza Barbosa Rodrigues, para condenar o recorrido Município de Dourados, ao pagamento da indenização por danos estéticos no valor de R$ 8.000,00, com correção monetária a contar do evento danoso (Súmula 43 SJT) e R$ 30.000,00 por danos morais, com correção monetária a contar desta decisão (Súmula 362 STJ), pelo IGPM/FGV e juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 STJ).

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ), APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 22.10.2013)

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

Pedi vistas dos autos para uma melhor análise das matérias objetos do recurso.

Narra a inicial um acidente de trânsito ocorrido em perímetro urbano da Cidade de Dourados, envolvendo uma ambulância do SAMU e uma motocicleta Honda/C Biz, conduzida por terceira pessoa, da qual a recorrente era passageira.

O e. Relator deu provimento ao recurso interposto por Daiane Elvira Souza Barbosa Rodrigues, para condenar o recorrido Município de Dourados, ao pagamento de indenização por danos estéticos no valor de R$ 8.000,00, com correção monetária a contar do evento danoso (Súmula 43 SJT) e R$ 30.000,00 por danos morais, com correção monetária a contar desta decisão (Súmula 362 STJ), pelo IGPM/FGV e juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 STJ).

Pois bem. O caso trata de responsabilidade objetiva do município, em que não é necessária a constatação de culpa do agente público.

Nesse sentido:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. ATROPELAMENTO DE MENOR CAUSADO POR VIATURA DA GUARDA MUNICIPAL.*

CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL. QUANTUM DEBEATUR. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes.

2. A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37, § 6º, da Constituição, e 927, parágrafo único, do CC.

3. Ainda que o agente estatal tenha sido absolvido na esfera criminal, mesmo sob fundamento de ausência de culpa, entende-se haver total independência com respeito ao juízo cível, salvo as hipóteses previstas em lei. Precedentes do STJ.

4. Em caso de atropelamento de cidadão, por viatura do Estado, que ocasione lesões corporais, deve-se arbitrar o quantum indenizatório com maior parcimônia do que geralmente cogitado para situações mais graves (morte da vítima ou sua redução a estado vegetativo).

Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial parcialmente provido tão-somente para reduzir o quantum indenizatório por danos morais de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais dispositivos do aresto objurgado."

(Resp 1140387/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 23/04/2010) (grifei).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - AMBULÂNCIA EM ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CF, ART. 37, § 6º - DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR 1 O Estado tem o dever de ressarcir os danos a que deu causa ou deveria evitar. A responsabilidade é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e dela somente se exonera o ente público se provar que o evento lesivo foi provocado por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior. 2 Ainda que o acidente de trânsito tenha sido provocado por ambulância em atendimento de emergência e que tenha sido afastada a tese de dolo ou culpa grave do servidor público, subsiste a obrigação do ente estatal de ressarcir os danos experimentados pelo particular." (TJ-SC - AC: 366345 SC 2009.036634-5, Relator: Luiz Cézar Medeiros, Data de Julgamento: 07/10/2009, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de São Bento do Sul).

REEXAME NECESSÁRIO - "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM PERDAS E DANOS DECORRENTE DE ATO ILÍCITO" JULGADA PROCEDENTE - ACIDENTE DE TRÂNSITO QUE RESULTOU NA MORTE DA PACIENTE TRANSPORTADA NA AMBULÂNCIA DE PROPRIEDADE DO RÉU - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO - CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS E MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - SENTENÇA MANTIDA. A responsabilidade civil do Estado, se traduz na obrigação de reparar os danos causados a terceiro por seu agente público no exercício de sua função, ou, em outras palavras, fala-se da "Responsabilidade Objetiva do Estado", disposta no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Para que seja caracterizada a responsabilidade civil do Estado, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, dentre os quais, ação ou omissão de agente público no exercício de serviço público, ocorrência de dano e nexo causal entre o evento e o prejuízo, independente de culpa, condições estas verificadas no caso em espécie. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO."

(TJ-PR - REEX: 6569739 PR 0656973-9, Relator: Idevan Lopes, Data de Julgamento: 20/07/2010, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 447).

Assim, ocorrendo ato comissivo do agente público, não há dúvida de que descabe a discussão acerca da culpa ou dolo do Ente Público, no caso, do Município, devendo se perquirir, apenas, se houve a conduta imputada, o dano indenizável e o nexo de causalidade entre esses.

Na hipótese vertente, restaram incontroversos o acidente, em decorrência de agir do preposto do Município/requerido, e os danos alegados pela autora.

Em virtude da responsabilidade objetiva do réu e ante a inexistência de caso fortuito ou força maior, assim como prova de contribuição da vítima no evento, imperioso o reconhecimento da responsabilidade do Ente Público.

Por fim, registre-se que a indenização por danos morais e estéticos foi arbitrada de acordo com as peculiaridades do caso, atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Posto isso, acompanho na íntegra o Relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal).

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0124261-49.2008.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO CÍVEL – NEGADO SEGUIMENTO – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a decisão monocrática proferida em sede de apelação, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* guerreado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 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, MS, 15 de outubro de 2013.

Des. Hildebrando Coelho Neto - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Banco Bradesco Financiamentos S/A, não se conformando com a decisão (f. 175-178-TJMS) que negou seguimento ao recurso de apelação interposto contra sentença prolatada nos autos ação de busca e apreensão que move em face de Moacir Almando Silva Cabral, interpõe o presente agravo regimental, sustentando, em síntese, que a extinção do feito por abandono de causa, ainda que a relação processual não esteja formada, dependeria de requerimento do réu, conforme prescreve a Súmula nº 240 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, sustentando pretensa afronta ao contido no art. 267, § 1º, do Código de Processo Civil, pede a reconsideração do *decisum* e, acaso mantido, que seja submetido o recurso à apreciação da Egrégia Turma.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Ao apreciar o recurso de apelação, a decisão recorrida consignou o seguinte:

> *"A sentença não merece reparos.*
>
> *Colhe-se dos autos que, após intimado para imprimir regular prosseguimento ao feito (f. 126), e decorrido o prazo de trinta dias, foi ordenada a intimação do requerente para, no prazo de 48 horas, dar andamento ao processo, sob pena de extinção, consoante se observa do despacho de f. 127.*

Realizada a intimação pessoal do recorrente (f. 130-132), este deixou transcorrer in albis o prazo que lhe foi assinalado, o que levou o juízo singular a, com propriedade, extinguir o feito sem resolução de mérito, na forma do disposto no art. 267, III, § 1º, do CPC, in verbis:

"Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

(...)

§ 1º O Juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas".

Ademais, no que concerne à aplicação da súmula 240 do Superior Tribunal de Justiça, tem a jurisprudência firmado posicionamento no sentido de que a extinção do feito, por abandono da causa pelo autor, quando não formada a relação jurídica processual, prescinde da manifestação do réu.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos:

"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ABANDONO DA CAUSA - ARTIGO 267, III, DO CPC - INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR COM AVISO DE RECEBIMENTO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 240/STJ AO CASO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1. Não há que se falar, in casu, em necessidade de requerimento do réu, para que se possibilite a extinção do processo com fundamento no art. 267, III, do Código de Processo Civil.

*2. **Cumpre destacar que é inaplicável, nessa hipótese, a Súmula 240 do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que não houve sequer a instauração da relação processual**.*

3. O Tribunal estadual concluiu, pela análise dos autos, que houve a intimação pessoal do autor com aviso de recebimento. Diante disso, nota-se que ultrapassar os fundamentos do Acórdão e acolher a tese sustentada pelo Agravante (ausência de intimação pessoal da parte) demandaria inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo o óbice da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo Regimental improvido" (STJ - AgRg no AREsp 336.316/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 05/09/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ABANDONO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR. ART. 267, III, § 1°, DO CPC. SÚMULA N ° 240/STJ.

INAPLICABILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. Verificando que o autor abandonou a causa por mais de 30 (trinta) dias, permanecendo inerte após ter sido devidamente intimado, o juiz ordenará o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, nos termos do art. 267, III, § 1°, do CPC.

> *2.* ***É inaplicável, na hipótese dos autos, o teor da Súmula n° 240 desta Corte, uma vez que não foi instaurada a relação processual, diante da ausência de citação do réu****.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento"* (STJ - AgRg no AREsp 309.971/ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013).
>
> *"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR INÉRCIA DO AUTOR - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE RÉ - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE SE VERIFICAR O APERFEIÇOAMENTO DA RELAÇÃO PROCESSUAL - SÚMULA N. 7 DO STJ - RECURSO DO AGRAVANTE NÃO-PROVIDO.*
>
> *1.* ***Conquanto a jurisprudência deste Sodalício tenha se firmado no sentido de que a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu, é cediço que a orientação sumular n. 240 desta Corte de Justiça é inaplicável se a relação processual não tiver sido aperfeiçoada****.*
>
> *2. A questão acerca da existência, ou não, da citação da parte ré é insuscetível de exame na via do recurso especial se, para tanto, faz-se necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, tendo em vista o óbice inserto no enunciado sumular n. 7 do STJ.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa"* (STJ - AgRg no Ag 1340110/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 11/12/2012).
>
> *Assim, verificada a inércia do apelante em imprimir regular andamento ao feito, mesmo após intimado pessoalmente para tanto, ficou plenamente caracterizado o abandono de causa, de modo que a manutenção da sentença prolatada na instância singela é medida que se impõe.*
>
> *Diante do exposto, por ser manifestamente improcedente,* ***nego seguimento*** *ao recurso, o que o faço com espeque no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.*" (f. 175-178).

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Com efeito, verificando-se a inércia do apelante em imprimir regular andamento ao feito, mesmo após intimado pessoalmente para tanto, torna-se inarredável o decreto do abandono de causa, o que, *in casu*, independe de requerimento do réu, pois sequer chegou a aperfeiçoar-se o ato citatório (Súmula n. 240 do STJ).

De outra face, limitou-se o recorrente a repetir os argumentos trazidos na insurgência recursal originária, não tendo apontado qualquer fundamento capaz de infirmar a decisão recorrida.

Assim, a manutenção da decisão proferida às f. 175-178 se mostra de rigor.

Ante o exposto, por não ter o recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração daquele *decisum,* nego provimento ao regimental.

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. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4002289-71.2013.8.12.0000/50001 - Ivinhema
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – RECURSO IMPROVIDO.

Se o provimento jurisdicional é proferido com o objetivo de assegurar o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), não há falar em cerceamento de defesa por ausência de contrarrazões ao agravo de instrumento.

Mantém-se a decisão monocrática proferida em sede de agravo de instrumento, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* guerreado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

Des. Hildebrando Coelho Neto - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

O Estado de Mato Grosso do Sul, não se conformando com a decisão de f. 82/85, que acolheu os embargos de declaração opostos no agravo de instrumento tirado contra o *decisum* proferido nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Creuza Trindade de Oliveira, interpõe agravo regimental, sustentando, preliminarmente, que houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, para dar provimento ao recurso de agravo de instrumento, deveria o relator possibilitar o oferecimento de contrarrazões, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, aduz, em síntese, que a multa diária no valor de R$ 2.000,00 é excessiva e desproporcional, mormente considerando o valor do medicamento requerido, de modo que deve ser rechaçada ou, pelo menos, diminuída a *astreinte* fixada. Afirma, ainda, que o prazo de 05 dias para cumprimento da medida não é razoável, razão pela qual deve ser-lhe concedido prazo mais amplo para fornecimento do fármaco.

Por fim, pede provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Trata-se de agravo regimental manejado pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão monocrática que, em sede de embargos de declaração, deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Creuza Trindade de Oliveira, nos autos da ação de obrigação de fazer.

Ab initio, aprecio a aventada preliminar de cerceamento de defesa.

O agravante sustenta que o relator não pode dar provimento de plano ao agravo de instrumento, porquanto seria necessária a intimação da parte adversa para oferecimento de contrarrazões, *"sob pena de infringência aos postulados da ampla defesa e do contraditório"* (f. 05).

De fato, o Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos em que se dá provimento monocrático ao agravo de instrumento, é indispensável a intimação do agravado para que apresente contraminuta ao recurso interposto.

Entrementes, é cediço que o julgador não está adstrito aos entendimentos externados nos Tribunais Superiores, mormente quando não se tratam de julgados com efeito vinculante. Assim, ao analisar as peculiaridades do caso concreto, o juiz apontará a sua livre convicção, valendo-se, além do entendimento jurisprudencial, das fontes do Direito que lhe formaram o convencimento.

À evidência, a agravada é portadora de doença do aparelho digestivo e necessita fazer uso contínuo do medicamento *Gastrobion,* conforme atestado por profissional da saúde (f. 30), de forma que a sua condição, aliada à possibilidade de iminente risco à vida, impunha-se o provimento jurisdicional de urgência, sem que isso importasse em lesão ao direito de resposta do agravante.

Em outras palavras, conforme leciona Carlos Maximiliano, "*na dúvida se aplicam mais favoravelmente à parte alvejada pelo ônus da regra"* (Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 248).

In casu, está-se diante de situação excepcional, em que o magistrado, em um juízo de ponderação, deve sopesar a aplicação dos caros princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do direito à vida (art. 5º, *caput*) em detrimento do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

A propósito, sobre o juízo de ponderação, asseveram Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> *"**O juízo de ponderação** a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que **exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema**, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução."* (Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., São Paulo, 2008, p. 285).

Com efeito, em se tratando de hermenêutica constitucional, o exegeta deve buscar a harmonia das normas constantes na Lei Fundamental, de modo a proferir uma solução justa e benéfica ao caso concreto, conforme bem elucida o brocardo *in dubiis benigniora praeferenda sunt* (nos casos duvidosos sempre se proferirá a solução mais benigna).

Assim, não se vislumbra a cogitada infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa capaz de cercear o direito de resposta do ora agravante, notadamente porque o presente agravo interno está acompanhado de documentos que possibilitam a análise da tese defendida por meio da insurgência recursal.

Portanto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

Passo à análise do mérito.

Ao atribuir efeitos infringentes aos aclaratórios para dar provimento ao agravo de instrumento e determinar que o ora recorrente fornecesse, no prazo de 05 dias e sob pena de multa diária de R$ 2.000,00, o medicamento necessário para tratamento da doença que acomete a agravada, a decisão guerreada consignou o seguinte:

> *"A embargante é portadora de doença do aparelho digestivo e ingressou com ação de obrigação de fazer, pleiteando, em sede de antecipação de tutela, o fornecido do medicamento Gastrobion.*
>
> *O juízo a quo indeferiu o pleito antecipatório (f. 53), o que ensejou a interposição de agravo de instrumento (f. 01/18).*
>
> *Em decisão monocrática, o relator em substituição, forte no art. 557, caput, do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento (f. 65/68), ao fundamento de que a rede pública de saúde fornece medicamento genérico que pode substituir o fármaco pleiteado.*
>
> *No presente aclaratório, a embargante alega que a decisão foi omissa, pois não houve manifestação quanto ao argumento de que, por ser portadora de diabetes, o remédio pleiteado (Gastrobion) não pode ser substituído, pois "se trata de fármaco sem adição de açúcar, componente existente no medicamento fornecido pelo SUS, prejudicial ao controle de seu índice glicêmico" (f. 04).*
>
> *Assiste razão à embargante.*
>
> *De fato, ao agravar por instrumento, a recorrente asseverou na sua petição recursal que necessitava fazer uso especificamente do medicamento Gastrobion, porquanto "todos os medicamentos disponíveis no SUS para o tratamento da gastrite possuem açúcar, sendo que em razão da diabetes a autora não pode fazer uso e o medicamento pleiteado não o possui" (f. 06).*
>
> *Ademais, observa-se do laudo acostado aos autos que o médico responsável afirmou que a ora embargante é "paciente diabética e não pode mudar a medicação" (f. 30), portanto, tal argumento demonstra a necessidade do medicamento para o tratamento da mazela que a acomete.*
>
> *Assim, resta evidenciado que a recorrente está acometida por "doença do aparelho digestório", razão pela qual necessita fazer uso contínuo do medicamento denominado Gastrobion, que, inclusive, não pode ser substituído por outro, conforme atestado por profissional da saúde (f. 30).*
>
> *Tais aspectos evidenciam a necessidade imediata e inadiável do medicamento, aptos a demonstrar, ao menos em sede de cognição sumária, que se faz presente o perigo de dano necessário à concessão da antecipação da tutela jurisdicional.*
>
> *De outra face, a verossimilhança do direito invocado decorre das prescrições constitucionais atinentes à matéria, mormente aquelas que asseguram os direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.*
>
> *Com efeito, a Constituição Federal, em seus arts. 6º e 196, consagrou o direito à saúde como dever do Estado, definindo expressamente, em seu art. 23, II, a competência comum de todos os entes da federação no que se refere aos serviços de saúde pública. Veja-se:*

"Art. 6º. São Direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário à ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

"Art.23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios:

II- Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;"

Dessarte, tal como deflui das normas constitucionais supra transcritas, o direito à saúde deverá ser garantido a todo cidadão brasileiro, emergindo como obrigação de todos os entes federativos, sem exceção.

Em outras palavras, é dever do Estado garantir o direito à saúde, independentemente de qualquer regulamento. Até porque, sendo o direito à saúde primordial, não deve submeter-se a qualquer regramento que o afronte, de sorte que a negativa de prestar assistência pelo Estado implica em malferência a direito expressamente garantido pelo texto constitucional.

Ademais, o Estado Democrático de Direito não admite que se coloque em risco a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput, da CF).

Em suma, o Poder Público não se pode furtar à responsabilidade de fornecer gratuitamente os medicamentos de que necessitam seus administrados, seja a pretexto da existência de tratamento similar disponibilizado pelo SUS, seja sob o argumento de que a limitação de recursos obrigaria o sistema único de saúde a estabelecer restrições ao fornecimento de medicamentos em nome da supremacia do interesse público, uma vez que os direitos sociais à vida e à saúde (ligados pelo supra-princípio da dignidade da pessoa humana) são aspectos que se sobrepõem a quaisquer regras de procedimento instituídas pelo Poder Público.

Sobre o tema, já decidiu esta E. Corte:

"MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO – HUMIRA – URGÊNCIA – OMISSÃO DA AUTORIDADE COATORA – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O artigo 196 da Constituição Federal determina que o ente público (União, Estados Distrito Federal e Municípios) forneça o medicamento necessário para o tratamento dos necessitados." (TJMS – Mandado de Segurança - N. 2007.019088-1 – Capital – Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – Terceira Seção Cível – J. 16.02.2009 – Unânime).

"MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A Constituição impõe a obrigação concorrente a todos os entes da federação ao cumprimento do disposto em seu art. 196, independente de hierarquia, razão pela qual o Estado pode ser compelido a fornecer os medicamentos indispensáveis ao tratamento de saúde do carente.

A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de conferir ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento." (TJMS - Mandado de Segurança - Nº 2006.015044-4/0000-00 – Capital - Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan – Primeira Seção Cível - J. 06.11.2006 – Unânime).

"MANDADO DE SEGURANÇA – DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – GARANTIA CONSTITUCIONAL – EFETIVIDADE DO DIREITO.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Não é a ausência de enumeração do medicamento pretendido em portaria que regulamenta o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo, reembolsável pelo Ministério da Saúde, ou a falta de recurso nos cofres do Estado-Membro, que tornará letra morta os princípios constitucionais relativos à vida e à saúde, insculpidos nos art. 5.º, caput, e 196." (TJMS - Mandado de Segurança nº 2001.000020-5 - Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz – Tribunal Pleno - J. 19.4.2001).

No mesmo diapasão é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

"O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna." (STJ - AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008).

"Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde (REsp 828.140/MT, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 23.04.2007)." (STJ - AgRg no Ag 893.108/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 240).

"A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda." (STJ - AgRg no Ag 858.899/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 30/08/2007 p. 219).

"A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento." (RMS 20.335/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 07/05/2007 p. 276).

> *Ante o exposto, acolho os aclaratórios e, emprestando-lhes efeito infringente, dou provimento ao agravo, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para o fim de reformar a decisão do juízo a quo e determinar ao agravado que forneça à recorrente Creuza Trindade de Oliveira o medicamento denominado Gastrobion, conforme consta da prescrição médica de f. 31, cuja cópia deverá acompanhar o respectivo mandado. Por fim, determino que a presente decisão seja cumprida, no prazo de 05 dias, a contar das respectivas intimações, sob pena de incidência de multa diária de R$ 2.000,00. " (f. 82/85).*

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Com efeito, o recorrente limitou-se a repetir os argumentos trazidos na insurgência recursal originária, não tendo apontado qualquer fundamento capaz de infirmar a decisão recorrida.

Ademais, restou evidenciado que a agravada está acometida *"por doença do aparelho digestório"*, o que impõe a concessão da tutela de urgência para fornecimento do medicamento imprescindível à manutenção digna de sua vida.

Outrossim, nos termos do art. 230 da Constituição Federal, *"a família, a sociedade e* ***o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas****, assegurando sua participação na comunidade,* ***defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida****"*.

De outra face, quanto à alegação de que o prazo de 5 dias estabelecido para cumprimento da medida é exíguo, de igual modo, o *decisum* não merece reparos, pois deve-se levar em conta a gravidade da patologia que acomete a agravada e a evidente urgência que o caso demanda.

Por fim, no que tange ao pedido para se excluir a multa cominatória ou, ainda, para diminuí-la, verifica-se que a decisão também não merece ser revista, uma vez que a *astreinte* foi fixada de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, não se verificando qualquer excessividade ou ilegalidade, sendo perfeitamente cabível no caso em apreço.

Até porque a *astreinte* tem o objetivo de impedir uma possível obstinação no descumprimento da determinação judicial, impossibilitando, ainda, ao agravante avaliar se lhe é mais favorável cumprir a obrigação ou pagar a multa.

Ora, o que se espera é o atendimento da ordem judicial e, em via oblíqua, a não incidência da multa, mas, acaso incida, que o seja até o montante suficiente para coagir o cumprimento do mandamento exarado pelo julgador.

Aliás, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade elucidam que *"o juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica"* (Nélson Nery Júnior, Código de Processo Civil Comentado, Rio de Janeiro, 2006, p. 588).

Sobre o tema, colhem-se os seguintes arestos:

> ***"É possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para obrigá-la a fornecer medicamento a cidadão*** *que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida,* ***podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim****, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas. Precedentes."* (STJ - AgRg no REsp 1291883/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).

> ***"Revela-se possível a imposição de multa cominatória (astreintes) com o objetivo de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer da Fazenda Pública, consistente no fornecimento de medicamentos. Precedentes do STJ."*** (STJ - REsp 1183180/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 19/05/2010).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, por não ter o recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração do *decisum,* nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MERITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

2ª Seção Cível
Agravo Regimental n. 4006250-20.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO – ENEM – ALUNA COM IDADE INFERIOR A 18 ANOS QUE ALCANÇOU NOTAS SUPERIORES ÀS ESTABELECIDAS PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA EM EMITIR CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO POR CONTA DO FATOR CRONOLÓGICO – AFRONTA AOS ARTS. 205 E 208, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRESUNÇÃO DE SUA CAPACIDADE INTELECTUAL E COGNITIVA – ORDEM CONCEDIDA.

Se a impetrante, ao realizar a prova do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, alcançou pontuação acima da média exigida pelo Ministério da Educação, e foi pré-selecionada para ingressar no curso de Psicologia da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, demonstrou possuir capacidade intelectual e cognitiva, fazendo jus à expedição do certificado exigido para realização de sua matrícula e ingresso no curso superior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal, que o improvia.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

Des. Hildebrando Coelho Neto - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

G. V. C., assistida por sua mãe N. V. D., não se conformando com a decisão (f. 26-30-TJMS) que, nos autos de mandado de segurança n. 4006250-20.2013.8.12.0000 impetrado em face de ato praticado pela Secretária de Estado da Educação de Mato Grosso do Sul, indeferiu liminarmente a inicial, interpõe agravo regimental, sustentando, em resumo, que realizou o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2012 e, em razão da média alcançada na avaliação, foi selecionada para cursar, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Psicologia no segundo semestre de 2013. No entanto, por não possuir a idade mínima de 18 anos na data em que realizou a prova, teve negada a emissão do certificado de conclusão do ensino médio, razão pela qual foi impedida de matricular-se na universidade pública.

Às f. 33/36 foi proferida decisão monocrática que manteve o indeferimento liminar da segurança.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações (f. 44/47).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do agravo (f. 53/63).

Às f. 64/71 foi juntado aos autos a comunicação de decisão proferida pelo Órgão Especial, nos autos do Mandado de Segurança n. 4006936-12.2013.8.12.0000, onde foi determinado que o presente recurso fosse submetido à apreciação do Órgão Colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

G. V. C. interpõe agravo regimental contra decisão monocrática (f. 26/30) que, nos autos de Mandado de Segurança n. 4006250-20.2013.8.12.0000, impetrado em face de ato praticado pela Secretária de Estado da Educação de Mato Grosso do Sul, indeferiu liminarmente a inicial.

Registre-se, *ab initio*, que o presente agravo interno foi julgado monocraticamente, em 02/07/2013, ocasião em que o ilustre Juiz Convocado proferiu a seguinte decisão, *in verbis*:

> *" I - Reitero os mesmos termos e fundamentos da Decisão que proferi no Mandado de Segurança (f.26/30), repetindo-os como se aqui estivessem transcritos, em especial a conclusão de que o direito alegado pela Impetrante é evidentemente inexistente, não há interesse jurídico a ser defendido aqui, não há ato comissivo ou omissivo que possa caracterizar lesão a direito inexistente, não é caso de mandado de segurança, a inicial deve ser indeferida de plano e o feito extinto.*
>
> *Por essas razões, com fundamento nos citados artigos da Lei n° 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no artigo 208, I, da Constituição da República e nos artigos 1°, 10, § 1°, 16, parágrafo único, e demais úteis da Lei n° 12.016/2009, não reconsidero dita Decisão e mantenho o indeferimento da liminar e o indeferimento liminar da segurança.*
>
> *II – Se a impetração é dirigida contra a Secretária de Estado da Educação, que efetivamente tem o dever de defender o ato inquinado de lesivo ao direito da Impetrante ora Agravante, por evidente que não haveria de ser chamado ao polo passivo da ação ou do recurso a Secretária Adjunta da Educação, exatamente em razão da presença da superior hierárquica, o que é bastante, suficiente e excludente da presença dos subalternos.*
>
> *Acaso assim não fosse, haveria a necessidade de serem chamados para compor o pólo passivo todos aqueles que tivessem atuado no pedido ou processo administrativo, desde os que praticaram atos meramente de juntada ou impulso, como aqueles que opinaram ou deram pareceres, até aqueles que proferiram votos e decisões. A prevalecer a hipótese, teriam que ser chamados ao polo passivo não só a autoridade propriamente, como todos os seus subordinados, o que se revelaria absurdo.*
>
> *Tanto que chamada a autoridade, servidor ou agente do ente público que seja superior e apto a defender o ato inquinado, deverão ser excluidos os demais servidores, subalternos ou agentes da autoridade, ainda que partícipes administrativos.*
>
> *Indevida, portanto, a presença simultânea da Secretária da Educação e da Secretária Adjunta da Educação no pólo passivo, devendo esta última ser excluida.*
>
> *III - O mandado de segurança é ação para resguardo de direito líqüido e certo contra ato ilegal de autoridade (ou pessoa a ela equiparada). Referida autoridade sempre é, ou servidora do ente público, ou agente público. Dessa forma, o ente público não é e nem pode ser parte distinta, não é autoridade outra contra ou a favor da qual a sentença do mandado de segurança deva também decidir, o que seria da essência do litisconsórcio.*

Como o Impetrado faz parte do ente público, este é a própria parte e através daquela ou em conjunto com aquela se manifestará nos autos. No mandado de segurança, o requerido em verdade é o ente público (ou pessoa jurídica concessionária ou permissionária do ente público), figurando o impetrado como órgão anômalo de comunicação processual. Essa é lição antiga e de todos sabida, o que se presume.

Todavia, com a promulgação da Lei n. 12.016/2009, o Legislador resolveu "inovar" em determinar que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que, querendo, ingresse no feito.

Tal disposição é inócua e, sobretudo, inconstitucional. Por primeiro porque o ente público não é merecedor de ser tutelado, nem carece de tal cuidado; em segundo lugar, porque o ingresso no feito especialíssimo do mandado de segurança se dá por notificação do impetrado, que presta informações por si (sozinho) ou acompanhado de representante judicial; em terceiro lugar, porque não é possível atribuir a terceiro, muito menos ao Magistrado presidente do feito, a incumbência de defender direito alheio ou velar pela responsabilidade alheia. A questão é bastante singela: ao impetrado cabe noticiar ao órgão de representação judicial a interposição de mandado de segurança e ou obter orientação judicial, sob pena inclusive de sua própria responsabilização. Esse dispositivo da nova lei deve ser declarado incidentalmente inconstitucional, portanto.

Para que não paire dúvida, no caso de apelação por denegação liminar de mandado de segurança, ou de agravo quando essa denegação ocorrer em Tribunal como é o caso, ainda assim o impetrado haverá de ser notificado para prestar informações e, então, deverá cientificar, ele próprio, o ente público e ou o órgão de representação processual do ente público do qual é – ele impetrado – o órgão de comunicação anômalo.

IV – Ante todo o exposto, com fundamento nos citados artigos da Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no artigo 208, I, da Constituição da República e nos artigos 1°, 10, § 1°, 16, parágrafo único, e demais úteis da Lei n. 12.016/2009, não reconsidero a Decisão de f.26/30 do Mandado de Segurança, mantenho o indeferimento da liminar e o indeferimento liminar da segurança e determino o processamento deste AGRAVO REGIMENTAL nestes mesmos autos.

Determino a exclusão da Secretária Adjunta da Educação do Estado de Mato Grosso do Sul do pólo passivo, tendo em vista que sua superior hierárquica, a qual tem o dever de defender o ato inquinado, já se encontra nesse polo. Anote-se.

Declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 7° da Lei n° 12.016/2009, para o fim de não determinar a intimação do órgão de representação jurídica do Estado de Mato Grosso do Sul, responsabilidade que é da própria Impetrada ora Agravada, em sendo o caso.

Notifique-se pessoalmente a Impetrada ora Agravada para que em dez dias preste informações, querendo.

Decorrido o prazo legal, com ou sem informações, ciência à Impetrante, vista dos autos a(o) Procurador(a) de Justiça para parecer e à conclusão." (f. 33/36-TJ/MS).

Contra este *decisum* a recorrente opôs embargos de declaração (n. 4006250-20.2013.8.12.0000/50001) e, concomitantemente, impetrou mandado de segurança (n. 4006936-12.2013.8.12.0000) perante o Órgão Especial desta Corte de Justiça.

Contudo, os embargos de declaração foram rejeitados monocraticamente pelo Juiz Convocado, no que alinhou:

"Ante o exposto, com fundamento no artigo 535 do Código de Processo Civil, NÃO CONHEÇO dos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO e, como opostos por G. V. C., rejeito-os, bem como rejeito alegada pretensão, necessidade ou ônus de esclarecimento ou correção do procedimento adotado para processamento do recurso. Prossiga-se com o recurso de Agravo Regimental em Mandado de Segurança, como determinado. Arquivem-se estes." (f. 08/11-TJ/MS)

Sobreveio, então, decisão do Colendo Órgão Especial (mandado de segurança nº 4006936-12.2013.8.12.0000), que determinou o julgamento do presente recurso perante o Órgão Colegiado (2ª Seção Cível), in verbis:

"G. V. C, assistida por N. V. D., ingressa com MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo DESEMBARGADOR MEMBRO DA 2ª SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL.

A impetrante realizou as provas do ENEM/2012, sendo classificada para ocupar uma das vagas do curso de Psicologia oferecido pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), tendo solicitado junto à Secretaria Estadual de Educação o certificado de conclusão de ensino médio exigido para matrícula na universidade, contudo, tal pleito foi indeferido por ausência de comprovação da idade mínima de 18 (dezoito) anos.

Inconformada a requerente ingressou com MANDADO DE SEGURANÇA requerendo a concessão de ordem para determinar a emissão e entrega do certificado mencionado. O mandamus foi indeferido liminarmente pela autoridade coatora e contra tal decisão a requerente ingressou com AGRAVO REGIMENTAL.

A autoridade coatora manteve a decisão, porém, não determinou o processamento do recurso e proferiu decisão declarando inconstitucional texto de lei, determinando retirada do pólo passivo da Secretaria-Adjunta.

Irresignada ingressou com a presente impetração sustentando que a autoridade coatora violou seu direito líquido e certo de obter julgamento do AGRAVO REGIMENTAL pelo órgão colegiado.

Instada a manifestar a autoridade coatora prestou informações (f. 81/92):

"Contra essa Decisão, a Impetrante ofertou Agravo Regimental, conforme previsão na Lei do Mandado de Segurança.

Por Decisão proferida no dia 02.07.2013, mantive o indeferimento da liminar e bem assim mantive o indeferimento liminar da segurança. Determinei a notificação da impetrada para prestar informações, com ciência posterior à Impetrante, bem como determinei vista posterior à Procuradoria de Justiça para parecer, conforme cópia que, igualmente, junto ao presente.

Ao que consta, a Impetrante insurge-se contra essa Decisão, pretendendo que este Relator colocasse o mandado de segurança para julgamento na primeira sessão seguinte (07 de julho de 2013) à que foi concluso o agravo regimental. Todavia, tal não seria possível por duas razões bastantes singelas.

A primeira, é que o dia 07 de julho de 2013 foi domingo.

A segunda razão é que o citado Agravo Regimental é aquele previsto no artigo 10, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança e substitutivo do recurso de apelação.

De efeito, o citado artigo dispõe:

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º. Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre. (grifei)

À falta de melhor denominação – Agravo 'mandamental' por exemplo – tornou-se o Agravo Regimental como denominação do recurso, ma que tem evidentemente o cunho de apelação.

Em assim sendo, como é, evidentemente que seria necessária a formação da lide, ainda que de natureza anômala como é o caso do mandado de segurança, com o chamamento da Impetrada para informações, manifestação do Ministério Público para, somente então, data venia, ser o recurso submetido a julgamento pelos integrantes da Colenda Segunda Seção Cível.

Reputo conveniente anotar que não se trata de julgamento de Agravo Regimental próprio, em razão de indeferimento de liminar por Relator em medida judicial, mas sim de julgamento pelo colegiado de recurso contra indeferimento liminar de ação de conhecimento originário da Colenda Seção Cível. E, nesse caso, incabível e descabida a pretensão de ser o recurso julgado sem o chamamento da parte contrária, sob pena de extinção do contraditório e do processo legal adequado (due process of law).

É bem verdade que tanto a Decisão originária que denegou a segurança referiu-se à liminar para indeferi-la, como o despacho que determinou as providências para chamamento a ela referiu-se para manter o indeferimento da liminar. Por evidente tal se deu para que nenhuma dúvida restasse que, naquele caso concreto, não estavam presentes, nem os requisitos que pudessem ensejar eventual concessão de liminar (nem tampouco os requisitos que pudessem ensejar a concessão da ordem a final, pela evidente inexistência do direito), como também pelo fato de haver argumentação da Impetrante em suas peças. Assim, longe de ser contraditória ou confusa, a afirmação de que o indeferimento da liminar estava mantido (assim como a denegação da própria segurança) manifestava-se de juridicidade e clareza solares."(Destaques originais)

Extrai-se das informações que a autoridade coatora adotou posicionamento de que o Agravo Regimental contra decisão que indefere liminarmente o Mandado de Segurança possui natureza de recurso de Apelação, o que exigiria necessariamente a formação da lide com o chamamento das partes ao processo para somente, então, submeter a irresignação da agravante a julgamento pelo Órgão Colegiado.

Em que pese as razões explanadas pela autoridade coatora, a razão está com a impetrante vez que o texto legal é claro ao preceituar as hipóteses de cabimento tanto do recurso de APELAÇÃO quanto do AGRAVO REGIMENTAL em Mandado de Segurança, reservando aquela para o caso de indeferimento da inicial pelo magistrado de primeiro grau e este para as hipóteses de indeferimento da inicial por relator em mandamus de competência originária do Tribunal de Justiça, como in casu.

Acerca da matéria leciona a doutrina:

"O § 1º do art. 10 da Lei n. 12.016/2009 é expresso ao prever o recurso cabível da decisão que rejeita liminarmente a petição inicial. Lê-se do dispositivo: "Do indeferimento

da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre".

A primeira parte da regra, que pode parecer desnecessária à luz do art. 513 do Código de Processo Civil, justifica-se historicamente diante da equivocidade do regime recursal do Código de Processo Civil de 1939, que previa ora o cabimento do recurso de agravo de petição, ora o de apelação das sentenças de primeira instância proferidas em sede de mandado de segurança.

O que não é explicado pelo caput do art. 10 da Lei n. 12.016/2009, contudo, é o regime da apelação. A dúvida é pertinente porque, de acordo com o art. 296 do Código de Processo Civil, a apelação dirigida ao indeferimento liminar da petição inicial conduz à possibilidade de o magistrado rever o seu entendimento, retratando-se, e, mantida a sentença, irem os autos ao Tribunal independentemente da citação do réu. A melhor interpretação para a hipótese, assumida a necessária subsidiariedade do Código de Processo Civil às disposições da Lei n 12.016/2009, é a de entender aplicável o referido dispositivo à hipótese em exame, salvo quando, pela especialidade, tiver de prevalecer o sistema recursal dos §§ 1º e 2º do art. 285-A do mesmo Código.

O mérito do dispostivo atual está em prever e regular expressamente, em sua segunda parte, a hipótese de o mandado de segurança ser impetrado originariamente nos Tribunais, hipótese bastante comum no direito brasileiro, como dá notícia o n. 3, supra. Para contrastar a decisão monocrática do relator que rejeita liminarmente o mandado de segurança nos termos do caput do art. 10 da Lei n. 12.016/2009, cabe agravo interno, que será processado de acordo com a disciplina do art. 557 do Código de Processo Civil. É prematuro o recurso especial e/ou extraordinário daquela decisão porque ainda cabe, perante o Tribunal de origem, recurso apto a buscar o contraste da decisão perante os pares do relator (órgão monocrático), nítida manifestação do 'princípio da colegialidade nos Tribunais'"

Tratando-se de AGRAVO REGIMENTAL cumpre apenas proceder nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil, o qual determina que o relator – caso não se retrate da decisão recorrida – "apresentará o processo em mesa, proferindo voto".

Nessa esteira, não há falar em chamamento da parte contrária, manifestação do Ministério Público, modificação do pólo passivo apontado pela impetrante, e tampouco decisão sobre constitucionalidade ou não de dispositivos legais como procedeu a autoridade coatora.

Logo, resta patente o direito líquido e certo da impetrante de ver sua pretensão analisada pelo órgão colegiado naquele AGRAVO REGIMENTAL.

Ante o exposto, concedo a ordem impetrada em favor de G. V. C." (f. 64/71-TJ/MS).

Assim, em atenção à decisão do E. Órgão Especial, submeto o presente agravo interno à apreciação do Colegiado, no que passo a votar, na qualidade de relator.

Como visto, trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática (f. 26/30) que, nos autos de Mandado de Segurança n. 4006250-20.2013.8.12.0000 impetrado em face de ato praticado pela Secretária de Estado da Educação de Mato Grosso do Sul, **indeferiu liminarmente a inicial e julgou extinto o feito**, nos seguintes termos:

"(...) Relatei. DECIDO.

A presente impetração é, legalmente, equivocada.

Para matrícula e ingresso em Curso Superior (Terceiro Grau de Educação) é necessária, dentre outros requisitos, a conclusão do Curso Médio (Segundo Grau). A Impetrante confessadamente não concluiu o Curso Médio.

Pretende, mesmo assim, a obtenção do certificado de conclusão de curso que não concluiu, apoiando-se em nota obtida no ENEM e que, em seu entender, facultaria a expedição do referido certificado.

Em verdade, a Impetrante pretende "acelerar" o atendimento ao Curso Médio para reputá-lo concluído de forma a propiciar-lhe ingressar antecipadamente em Faculdade. Todavia, a Lei expressamente exclui essa possibilidade, exatamente porque a conclusão antecipada do Ensino Médio, antecipação essa entendida como certificação de conclusão sem que haja atendimento a todo o curso, destina-se unicamente àqueles que já ultrapassaram a idade normal de atender ao curso regular do Ensino Médio, ou seja, aos maiores de dezoito anos de idade.

Pela Lei, a única forma de certificação de conclusão sem atendimento a todo o curso está na aprovação no sistema de Ensino (ou Estudo) de Jovens Adultos – EJA, antigo Ensino Supletivo. Por Portaria do Ministério da Educação e ainda que em contrário ao disposto na Lei, é também possível essa certificação de conclusão sem atendimento a todo o curso do Ensino Médio através de nota obtida no ENEM. Mas, tanto em um como em outro caso, a possibilidade está aberta exclusivamente aos maiores de 18 anos de idade.

A outra possibilidade existente consiste no avanço escolar, expressamente previsto em Lei. Todavia, trata-se de exceção à regra e não prescinde de criterioso exame do aluno, com aplicação de provas, para se aferir se possui condições de avançar de série; mesmo aqui, o instituto do avanço escolar destina-se exclusivamente aos alunos que estejam em série atrasada considerando-se sua idade biológica, mas ainda não têm suficiente idade para atender ao Estudo de Jovens e Adultos – EJA. Esse não é o caso da Impetrante, cuja idade biológica está em sintonia com a série que cursa do Ensino Médio.

Em assim sendo, o avanço escolar para fim de conclusão do Ensino Médio tanto quanto a certificação de conclusão sem término do Ensino Médio representaria indevida e ilegal supressão de série escolar.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira, também conhecida como Lei Darcy Ribeiro (Lei n. 9.394/96), prevê que o Ensino Médio, etapa final da educação básica, terá duração mínima de três anos (art.35) e que o seu término é que habilita ao prosseguimento dos estudos (art.36, § 3°).

Já a possibilidade de término ou certificação de conclusão do Ensino Médio sem necessidade de cursar todas as respectivas séries, só se verifica na hipótese da Educação de Jovens e Adultos (EJA), que se destina àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino médio na idade própria (art. 37, caput), aplicando-se provas ou exames sobre o respectivo conteúdo. Há expressa previsão legal que os exames do EJA no nível de conclusão do Ensino Médio destinam-se aos maiores de dezoito anos de idade (art. 38, § 1°, II).

Quanto ao Ensino Superior ou de Terceiro Grau, a Lei Darcy Ribeiro prevê, dentre outros que aqui não se aplicam, 1) cursos sequenciais por campo de saber (artigo 44, I); e 2) cursos de graduação àqueles que tenham sido classificados em processo seletivo (art. 44, II), contanto que, em ambos casos, o candidato tenha concluido o ensino médio ou equivalente.

Existe a possibilidade de abreviação da duração de curso, mas apenas no Ensino Superior, conforme o artigo 47, § 2°, da Lei. Todavia, ainda aqui, trata-se de situação excepcionalíssima, para aqueles que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos (do Ensino Superior), demonstrado por avaliação de banca examinadora especialmente formada para esse fim.

Resta anotar que o Exame do Ensino Médio (ENEM) destina-se a apurar o conhecimento para o fim de ingressar no Ensino Superior, como forma adicional, complementar ou autônoma de seleção (processo seletivo para curso superior), e não para antecipar conclusão do Ensino Médio. Não é outra a disposição do artigo 51 da Lei, ao determinar que, ao estabelecer critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, as instituições de educação superior levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio.

Exatamente por essa razão, por tratar-se de dado para admissão no curso superior e não de conclusão do ensino médio, a nota alcançada pela Impetrante no ENEM, ainda que digna dos maiores elogios, não basta para ingresso em faculdade. A única possibilidade seria para cursar disciplinas de terceiro grau, mas como aluna não regular (artigo 50 da Lei).

A Impetrante pretende amparar seu pedido na Portaria Normativa/MEC n° 144, porque dela "infere-se que o interessado deve ter idade de 18 anos completos até a data de realização da prova do ENEM" e atingindo número mínimo de pontos, já que ela atingiu pontuação muitíssimo superior ao mínimo; como ela Impetrante está cursando o 3° ano do Ensino Médio e iria de qualquer forma concluir o curso sem atingir 18 anos, poderia ou deveria receber desde já o certificado de conclusão.

Mesmo que haja previsão na Portaria Normativa de certificação de conclusão do Ensino Médio mesmo sem que se tenha cursado todas as séries (argumento utilizado pela Impetrante), tal se destina única e exclusivamente aos maiores de dezoito anos de idade (requisito rechaçado pela Impetrante). Essa certificação de conclusão destina-se, por lógica e coerência, àqueles que tiveram que se socorrer da Educação de Jovens e Adultos, destinadas exatamente aos maiores de dezoito anos e previsto no artigo 38 da Lei Darcy Ribeiro, já referido.

Outrossim, não se concebe que a Impetrante pretenda, para o caso concreto, dar validade a uma parte da Resolução (e da Lei) que prevê a antecipação da conclusão do Ensino Médio (prevista para outra hipótese que não a da Impetrante) e, ao mesmo tempo, pretender negar validade a outra parte dessa mesma Resolução, no que não lhe é benéfica, ou seja, a limitação etária.

A pretensão da Impetrante, repita-se, é infringente da Lei e da própria norma onde pretendeu fundamentar seu pedido.

Essas disposições legais e regulamentares em verdade estão em exata consonância com a norma programática do artigo 205 e com as disposições do artigo 208 da Constituição da República, pretendidamente utilizados pela Impetrante para aurir seu pretenso direito.

Tanto o artigo 208 prevê no inciso V o acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um, como também o prevê o artigo 4°, V, da Lei Darcy Ribeiro. De resto, a avaliação dos alunos e a forma dessa avaliação tem previsão legal nos artigos 22 e seguintes da Lei. E nesse ponto, quanto a avaliação e forma dessa avaliação, é que se abre a possibilidade de acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada qual. Ou seja, possibilidade de acesso aos níveis mais elevados do ensino, nos termos da Lei.

Ainda, o referido artigo 208 da Constituição da República, em seu inciso I, prevê a educação básica obrigatória dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurado o acesso àqueles que não tiveram acesso na idade própria (EJA). Seria desnecessário anotar que a educação básica compõe-se do Ensino Fundamental, com ciclo de nove séries, e do Ensino Médio, com ciclo de três séries. Idêntica definição está no artigo 21 da Lei.

A negativa de expedição de certificado de conclusão do Ensino Médio que não foi concluido e que está sendo pedida por menor de dezoito anos de idade, está exatamente conforme a Constituição da República, conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e conforme a Portaria Ministerial n° 807/2010, Portarias Normativas do MEC n° 10 e 144/2012 e Resolução da Secretaria de Estado da Educação de Mato Grosso do Sul, como referidos no Ofício de f.15.

Porque o ato reputado lesivo está em exata conformidade com a Constituição, a Lei e as normas regulamentares, a insurgência da Impetrante pela via do Mandado de Segurança revela-se inadequada. A utilização do writ deve recair unicamente sobre os atos destinados a dar aplicação concreta ao que se contiver nas leis, em seus equivalentes constitucionais ou em regramentos administrativos de conteúdo normativo. Neste caso em específico, o pedido de reforma do reputado "ato lesivo" significaria negar validade à norma, a infringir a norma que prevê a idade mínima de dezoito anos de idade para a pretendida certificação de conclusão de curso que não foi concluído. Em suma, dirige-se contra a lei em tese, ainda que ao argumento de impugnar um "ato lesivo".

Concluo assim que o direito alegado pela Impetrante é evidentemente inexistente, não há interesse jurídico a ser defendido aqui, não há ato comissivo ou omissivo que possa caracterizar lesão a direito inexistente, não é caso de mandado de segurança, a inicial deve ser indeferida de plano e o feito extinto.

Ante o exposto, com fundamento nos artigos já citados da Lei n° 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no artigo 208, I, da Constituição da República e nos artigos 1° e demais úteis da Lei n° 12.016/2009, INDEFIRO A LIMINAR pleiteada e, concluindo por não existir o alegado direito ou lesão a ele, com fundamento nos artigos 295, III, do Código de Processo Civil e 1°; 6°, § 5°; e 10 da Lei n° 12.016/2009, indefiro liminarmente a petição inicial e JULGO EXTINTO este MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por G. V. C. contra a SECRETÁRIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL. Sem custas em razão dos benefícios da assistência judiciária, que concedo. Oportunamente, arquivem-se." (f. 26/30-TJ/MS).

O recurso merece ser provido.

Infere-se dos autos que a agravante realizou o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2012 e, em razão da média alcançada na avaliação, obteve classificação para ocupar uma das vagas oferecidas no curso de Psicologia para o segundo semestre de 2013, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. No entanto, por não possuir, na data em que realizou a prova, idade mínima de 18 anos, teve negada a emissão do certificado de conclusão do ensino médio. Em razão disso, foi impedida de se matricular na Universidade para a qual foi selecionada.

Com efeito, conquanto a recorrente não seja maior de 18 anos, preencheu os requisitos necessários à certificação (vide fotocópia do registro geral e resultado do exame do ENEM/2012 – f. 17 e 19), conforme Portaria n. 144/2012, de 24 de maio de 2012 do Ministério da Educação:

Dispõe a referida Portaria:

> *"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."*

Além disso, a agravante realizou exame vestibular e foi selecionada no processo seletivo da UFMS/2013 - Inverno - SISU/2013, em 18 de junho do corrente ano, para ingressar no curso de Psicologia da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (f. 16/18).

Doravante, passa-se a analisar se o fator cronológico justifica o óbice imposto pela Administração.

Pois bem, o simples fato de não possuir a agravante dezoito anos completos, na data que realizou a prova do ENEM, não poderia servir de supedâneo para o indeferimento da expedição de certidão, com o consequente impedimento de seu ingresso na universidade.

Ora, os artigos 205 e 208, inciso V, da Constituição Federal, preconizam que o dever estatal, relativamente ao direito fundamental à educação, deverá ser efetivado, dentre outras, mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada indivíduo, visando o pleno desenvolvimento da pessoa. Veja-se:

> *"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será 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."*
>
> *"Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"*
>
> *Buscando conferir concretude a referido princípio, dispõe o inciso V do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente:*
>
> *"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
>
> *'(...)'*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"*

No mesmo diapasão, a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, permite que o aluno seja inscrito na etapa adequada segundo o seu grau de desenvolvimento e experiência, independentemente da escolarização anterior. Veja-se o teor do inciso V do art. 4, do § 5º do art. 5º e da alínea 'c' do inciso II do art. 24 do referido diploma legal:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

'(...)'

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.

'(...)'

§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

'(...)'

II - a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita:

c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino;"

Nesse passo, torna-se forçoso concluir que a decisão da autoridade coatora implicou em malferência ao direito líquido e certo da ora agravante, na medida em que cria obstáculo desarrazoado ao amplo acesso à educação garantido constitucionalmente (arts. 6º, 205 e 208 da CF).

Nesse sentido é o posicionamento desta Egrégia Corte de Justiça:

"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO NO ENEM E/OU VESTIBULAR - CAPACIDADE INTELECTUAL DEMONSTRADA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA. Possui direito liquido e certo à concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano do ensino médio candidato aprovado no ENEM e/ou vestibular para ingresso na universidade. Deve ser privilegiada a capacidade intelectual em detrimento de regra formal de imposição de idade mínima, quando efetivamente demonstradas perfeitas condições para ingresso na universidade. Segurança concedida." (Mandado de Segurança n. 4000829-49.2013.8.12.0000. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 2ª Seção Cível. Data do julgamento: 11/03/2013. Data de registro: 15/03/2013).

"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO EM VESTIBULARES DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS E COM CONSIDERÁVEL APROVEITAMENTO CURRICULAR - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO APONTAM DÚVIDAS ACERCA DA CAPACIDADE PARA AVANÇAR NOS ESTUDOS - EXISTÊNCIA

DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA, COM O PARECER. I. Em regra, a certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no ENEM devem ser emitidas em favor do aluno que detém 18 anos de idade; excepcionalmente, demonstrada a capacidade excepcional de aproveitamento curricular, devem ser concedidas a certificação e a declaração de proficiência independentemente da idade cronológica. II. Se existem elementos nos autos aptos a sustentar que o impetrante deteve aproveitamento considerável de ensino, seja mediante análise do histórico escolar, seja pela aprovação em segundo lugar no curso de fisioterapia, mostra-se imperioso outorgar-lhe a segurança para, confirmando-se a medida liminar antes concedida, autorizar-lhe o prosseguimento nos estudos." (Mandado de Segurança n. 4000758-47.2013.8.12.0000. Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 2ª Seção Cível. Data do julgamento: 11/03/2013. Data de registro: 14/03/2013).

"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM) - ALUNO QUE PARTICIPOU DO EXAME, OBTENDO APROVAÇÃO - NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA EM EMITIR CERTIFICADO SUBSTITUTIVO DE SUA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, AO FUNDAMENTO DE QUE O ALUNO É MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS E NÃO CURSOU OS TRÊS ANOS DO ENSINO MÉDIO - INSCRIÇÃO AO ENEM QUE NÃO FOI VEDADA PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, QUE TINHA CONHECIMENTO TANTO DA MENORIDADE QUANTO DA AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO PELO IMPETRANTE - AFRONTA AOS ARTS. 205 E 208, V, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ORDEM CONCEDIDA. 1. A submissão e consequente aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), sem que o candidato tenha 18 anos de idade e comprovante da conclusão do ensino médio, é o bastante para que seja expedido em seu favor a certidão substitutiva da aprovação no ensino médio, pela presunção da adequada capacidade intelectual e cognitiva da estudante. 2. Justificável que assim se proceda, já que o próprio Ministério da Educação não vedou o acesso do impetrante ao referido exame, mesmo sabendo de sua idade inferior a dezoito anos e a ausência de conclusão do ensino médio. 3. Ademais, o impedimento do estudante ao acesso a estágio superior de ensino não se coaduna com o sentido das normas protetivas do direito à educação, além de contrariar os princípios constitucionais erigidos como norteadores do sistema nacional de ensino, frustrando a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social." (Mandado de Segurança n. 4000296-90.2013.8.12.0000. Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 4ª Seção Cível. Data do julgamento: 25/03/2013. Data de registro: 01/04/2013)

A propósito, cumpre trazer à tona o excerto do parecer Ministerial (f. 53/63):

"Com efeito, presentes estão os requisitos para o seu deferimento, quais sejam, o fumus boni júris e o periculum in mora.

O primeiro reside na necessidade de se atender o direito fundamental da adolescente impetrante, de avançar em seus estudos, à luz do que lhe asseguram a Constituição da República e a Lei Federal 8.069/90.

Não se descura que a Portaria Normativa que dispõe sobre a certificação no nível de conclusão do ensino médio com base no ENEM, estabelece que o interessado deva ter dezoito anos completos, até a data de realização da primeira prova.

Deve-se reconhecer, também, que a Lei Federal 9.394, de 20/12/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), em seu art. 38, ao estabelecer que os sistemas de ensino mantenham cursos e exames supletivos, habilitando ao prosseguimento dos estudos, em caráter regular, determina que, no nível de conclusão do ensino médio, tais exames sejam dirigidos para os maiores de dezoito anos (§ 1.º, II).

No entanto, a própria Lei 9.394/96 prevê, em seu art. 24, a possibilidade de avanço de etapas, enunciando que a classificação na série (exceto a 1.ª do ensino fundamental) poderá ser realizada:

"independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino" (inciso II, alínea "c").

Não se pode olvidar, portanto, que a Constituição Federal estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será 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, conforme preleciona artigo 205, e que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, I).

Já através de seu artigo 208, a atual Constituição Federal estabelece que o dever do Estado com a Educação será efetivado, mediante a garantia, dentre outros, de progressiva universalização do ensino médio gratuito; de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (inciso V), e de oferta de ensino regular, adequado às condições do educando.

No entanto, o fato é que a impetrante está sendo impedida de ingressar no ensino superior, visto que a autoridade imputada como coatora se recusa a expedir o certificado de conclusão do ensino médio, apesar da requerente haver comprovado, de forma inequívoca, ter ultrapassado tal etapa de aprendizagem, pois fora aprovada no ENEM.

Assim, apesar da disposição legal, a negativa da autoridade coatora afronta o princípio da razoabilidade, dado que se deve levar em consideração a capacidade e não a idade cronológica do candidato.

Com efeito, a combatida exigência afronta a garantia constitucional de "acesso ao nível mais elevado do ensino segundo a capacidade de cada um" (art. 208, V), principalmente porque a Carta da República não impõe tal limite.

Nesse sentido, não discrepa a jurisprudência:

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO NO NÍVEL DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO OU DECLARAÇÃO DE PROFICIÊNCIA COM BASE NO EXAME NACIONAL DE ENSINO MÉDIO – ENEM A ALUNO QUE TENHA MENOS DE 18 ANOS – ACOLHIDO – ORDEM CONCEDIDA.

Não importa em violação do princípio da legalidade estrita do art. 37 da CF/88 por afronta à Lei n. 9.394/96 (inciso II, art. 38) e Portaria n. 04/2010 (§2º do art. 4º) a concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano de aluno já aprovado no Curso de Direito da Universidade Federal, porque a exigência de idade se mostra desproporcional, uma vez que o cerne da razão de ser de tal antecipação é a capacidade intelectual e, não, a idade. Ademais, a idade, não pode ser por si só, obstáculo de aquisição de Direitos. Pode ser para o exercício de direito, mas não, para a aquisição deles. (TJMS – Mandado de Segurança - N. 2010.005243/0000-00 - Capital, Segunda Seção Cível Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 14/6/2010) -destacamos-

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME SUPLETIVO - ALUNA EMANCIPADA, MENOR DE DEZOITO ANOS, JÁ APROVADA EM VESTIBULAR - LEI Nº 9.394/96. Não é razoável impedir que estudante, menor de dezoito anos, mas emancipada, aprovada em concurso vestibular para ingresso em curso superior, faça o exame supletivo com a finalidade de cumprir requisito de conclusão do ensino médio,

necessário à matrícula na faculdade. Afronta o princípio da razoabilidade negar-lhe a oportunidade uma vez que sua capacidade e maturidade intelectuais já foram aferidas com o sucesso nos exames necessários ao ingresso na faculdade. Embora haja previsão legal no sentido de que somente os maiores de dezoito anos podem submeter-se ao exame supletivo (Lei nº 9.394/96), a exigência afronta a garantia constitucional de ''acesso ao nível mais elevado do ensino segundo a capacidade de cada um" (art. 208,V). (TJMG – Mandado de Segurança N. 1.0687.06.041419-4/0001, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Wander Marotta, julgado em 21/8/2007)

De outro vértice, também o periculum in mora afigura-se nítido, uma vez que depende da emissão do certificado para formalizar sua matrícula na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Diante de todo o exposto e do que consta dos autos, opina esta Procuradoria de Justiça pelo PROVIMENTO do agravo." (f. 53-63).

Dessarte, a atitude louvável da recorrente em buscar o aprimoramento de seus estudos, alcançando notas superiores à pontuação mínima exigida na Portaria n. 144 do MEC, gera a presunção de sua capacidade intelectual e cognitiva, de modo que faz jus à expedição do certificado exigido para realização de sua matrícula e ingresso na universidade.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental para o fim de conceder a liminar e determinar que a autoridade coatora forneça à agravante Guadalupe Vieira Cabreira o certificado de conclusão do ensino médio, com base no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM.

Dê-se conhecimento desta decisão à autoridade apontada como coatora, nos exatos termos do disposto no artigo 456 do RITJMS.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (1º Vogal).

Com o máximo respeito, divirjo do eminente relator.

A recusa administrativa em emitir o certificado de conclusão do ensino médio está motivada no não preenchimento de requisito previsto na Lei Federal n. 9.394/1996, na Portaria do MEC n. 807/2010 e na Deliberação n. 9.377 do Conselho Estadual de Educação, qual seja, a idade mínima de 18 anos.

Em casos semelhantes, vinha perfilhando o entendimento de que, comprovado o desenvolvimento intelectual compatível com o ingresso na universidade, em virtude do desempenho no Exame Nacional, haveria de ser reconhecido o direito líquido e certo do estudante de obter o certificado de conclusão do ensino médio, ainda que não se tivesse completado 18 anos de idade.

No entanto, após maior reflexão sobre o tema, concluo que a solução deve ser dada à luz de cada caso concreto, e não deliberadamente, sem atenção às circunstâncias fáticas envolvidas.

1. Isso porque, sob o meu ponto de vista, a viabilidade da progressão nos estudos e conseguinte ingresso em graus mais avançados deve ser analisada não só sob o aspecto da capacidade intelectual do indivíduo, mas também sob a perspectiva da maturidade emocional e, principalmente, da legislação regedora da matéria.

O ingresso precoce na universidade pode prejudicar o futuro do estudante que, apesar de possuir habilidades cognitivas suficientes, não tem condições psicológicas e emocionais satisfatórias para dar início à sua formação profissional, em um ambiente que lhe é estranho, formado por adultos, com rompimento dos vínculos que mantém na condição de adolescente e essenciais para a formação de sua personalidade.

Um dos resultados dessa precipitação nos estudos é que etapas fundamentais ao desenvolvimento emocional do adolescente são saltadas e ele, na maioria das vezes, não se encontra preparado para enfrentar todas as circunstâncias atinentes à escolha de uma profissão. Com isso, além de prejudicar seu próprio desempenho profissional, acaba por causar um problema de despreparo no mercado de trabalho do país, mormente considerando o efeito multiplicador dessas demandas.

Mais do que isso, todavia, o desenvolvimento emocional é extremamente importante para vedar o ingresso no curso superior *ex abrupto*, contando o adolescente com 15 anos, como no caso, e sem ainda ter terminado ou estar cursando o terceiro ano do ensino médio, condições que reputo essenciais para o exame do pedido, caso a caso.

Ademais, conceder esse direito a adolescentes que sequer deram início ao 3º ano do ensino fundamental é burlar as premissas educacionais já estabelecidas e ignorar as etapas necessárias para se cumprir o planejamento escolar.

O ser humano e *precisa* e *necessita* viver as fases próprias correspondentes à sua faixa etária. Qualquer aceleração, fora do ciclo biológico e normal que a vida nos oferece, pode trazer mal maior do que aquele que se pensa evitar.

E se de forma muito clara se antevê a inexistência de direito líquido e certo, não se pode dizer que a digna autoridade coatora tenha cometido, então, ato ilegal que pudesse comportar a tutela jurisdicional da segurança objetivada pelo presente *writ*.

O direito que o impetrante quer seja amparado pelo *mandamus*, pela fundamentação expendida, *inexiste*. Não é *líquido e certo*. Não advém da lei, nem nasce de possível violação dela pela autoridade coatora.

Não existe possibilidade de, *in concreto*, tutelar-se a pretensão do impetrante.

Sem negar o direito fundamental do cidadão na busca pela tutela jurisdicional, tenho que a postulação, para o caso em questão, não pode se dar na estreita e inadequada via do mandado de segurança, não havendo *direito líquido e certo* do recorrente, nos termos da lição doutrinária retro transcrita.

Em resumo, o Direito líquido e certo se funda na lei e da violação dela.

A lei deve ser certa em atribuir ao interessado um direito subjetivo, tornando-o, assim, insuscetível de dúvida. Se surgir a seu respeito qualquer controvérsia, quer de aplicação dela, quer de interpretação, não há que se falar em direito líquido e certo, essencial para o mandado de segurança.

É o caso presente, em que a inicial deve ser indeferida, em face dos fundamentos que adiante exponho.

2. A lei de diretrizes e bases, editada em regulamentação aos artigos 205 e seguintes da Constituição Federal (art. 214), estabelece requisitos para ingresso no ensino superior e regula a possibilidade de o aluno obter o aproveito no exame nacional do ensino médio para tal finalidade (Lei Federal n. 9.394/1996, Portaria do MEC n. 807/2010 e na Deliberação n. 9.377 do Conselho Estadual de Educação).

Se a legislação não contém previsão de possibilitar a matrícula do aluno em curso superior pelo simples fato de haver sido aprovado no exame nacional do ensino médio, independentemente da idade e do ano em que se encontrar cursando, **não há direito líquido e certo de obter a expedição do certificado de um curso que não concluiu ou que esteja em vias de concluir.**

O requisito de idade mínima de 18 anos, previsto na legislação de regência, pode ser excepcionalmente dispensado – em atendimento ao princípio da razoabilidade - desde que o aluno esteja ao menos cursando o 3º ano do ensino médio e tenha obtido nota de aproveitamento no respectivo exame nacional, ENEM.

A viabilidade da progressão nos estudos e conseguinte ingresso em graus mais avançados deve ser analisada caso a caso, não só sob o aspecto da capacidade intelectual do indivíduo, mas também sob a perspectiva da maturidade emocional.

Conceder a segurança para compelir a autoridade coatora à emissão do certificado de conclusão do ensino médio, documento indispensável para se matricular na universidade onde obteve vaga, é burlar as premissas educacionais estabelecidas pela legislação de regência e ignorar as etapas necessárias ao desenvolvimento psicológico e emocional do estudante, necessárias para ingresso no curso superior.

3. Tanto é assim que a legislação que regula a matéria - Lei Federal 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, editada em atendimento ao que preceitua o artigo 214 da Constituição Federal – é clara quanto aos fundamentos, bases, premissas e objetivos do ensino médio, ao estabelecer no artigo 35 que:

> ***"Art. 35****. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:*
>
> ***I -*** *a* ***consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;***
>
> ***II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando****, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;*
>
> ***III - o aprimoramento do educando como pessoa humana****, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;*
>
> ***IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos****, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina."*

Ultimado o ensino médio, **qualquer que seja a idade do aluno, TERÁ ELE DIREITO À EXPEDIÇÃO REGULAR DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO, habilitando-o a prosseguir nos estudos, no ensino superior.**

Todavia, a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acima referida, quanto a legislação que regula o exame nacional do ensino médio, admitem o aproveitamento de suas notas para aqueles alunos que não tiveram a oportunidade de cursar o ensino médio na idade apropriada, e não, como se vem fazendo agora, obter o aproveitamento para deixar de concluir o ensino médio e passar a ingressar diretamente em uma Universidade, pelo fato de ter sido nele aprovado.

Esse exame nacional se destina, dentre outros objetivos, a possibilitar ao aluno **maior de 18 anos**, que não tenha cursado regularmente o ensino médio e tenha feito o **supletivo**, a aproveitar as notas auferidas para obter certificado equivalente ao de conclusão do ensino médio e, assim, ingressar em uma universidade.

É esse o claro propósito da lei 9394/96, como se infere do artigo 38, inciso II, § 2º, assim redigido:

> ***"Seção V***
>
> ***Da Educação de Jovens e Adultos***
>
> ***Art. 37.*** *A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.*
>
> ***§ 1º****. Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.*
>
> ***§ 2º****. O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.*
>
> ***Art. 38.*** *Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.*
>
> ***§ 1º****. Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:*
>
> ***I -*** *no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos;*
>
> ***II -*** *no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos.*
>
> ***§ 2º****. Os conhecimentos e habilidades adquiridos pelos educandos por meios informais serão aferidos e reconhecidos mediante exames."*

O exame nacional do ensino médio, bem se vê então, não se destina a possibilitar ao aluno que tenha menos de 18 anos, que esteja cursando regularmente aquela etapa de sua educação, obtenha o aproveitamento das notas para ter acesso imediato ao ensino superior, sem cursar o segundo ou o terceiro ano e sem prestar o vestibular para a respectiva universidade.

O QUE O PODER JUDICIÁRIO ESTÁ FAZENDO, COM O MÁXIMO RESPEITO, É UMA SUBVERSÃO DOS VALORES ENCARTADOS EM LEI, PARA PREVALECER OS VALORES SUBJETIVOS DE CADA JULGADOR QUE, AO CONCEDER A SEGURANÇA, OFENDE À LEI 9.394/96, NOS DOIS DISPOSITIVOS ACIMA TRANSCRITOS.

Se a lei traça claros os objetivos do ensino médio, no artigo 35 e dispõe sobre o exame nacional do ensino médio no artigo 38, é induvidoso que jamais quis permitir que o aluno menor de 18 anos que esteja cursando regularmente o ensino médio possa obter o aproveitamento do exame nacional do ensino médio como forma de deixar de cursar os anos regularmente faltantes, para ter acesso imediato ao ensino superior.

Não está na lei esse propósito, nem decorre dela.

Tanto assim que a Portaria Normativa nº 10, de 23 de Maio de 2012, do Ministério da Educação, que dispõe sobre a certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional do ensino Médio – ENEM, É CLARA em explicitar os termos da Lei 9.4394/96, quanto aos seus fins e objetivos, ao estabelecer:

> *"Art. 1º. A certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência* destina-se aos maiores ede 18 anos que NÃO CONCLUÍRAM O ENSINO MÉDIO EM IDADE APROPRIADA, inclusive pessoas privadas de liberdade e que estão *fora do sistema escolar regular*".

4. O aluno menor de 18 anos pode ter acesso à Universidade, é certo, desde que termine regularmente o ensino médio, o que é possível, e faça o vestibular para ter ingresso a uma das faculdades ou Universidades do País.

O que não vejo mais possível (e peço vênia pelo tempo em que estive equivocado com raciocínio diverso) é proporcionar o aproveitamento das notas obtidas no exame nacional do ensino médio para o jovem menor de 18 anos, cujo exame não lhe é dirigido, mas para aqueles com mais de 18 anos que perderam a oportunidade de cursar regularmente aquela etapa, fazendo, então, o supletivo, através do modelo de educação de jovens e adultos previstos na lei referida (EJA), para, com base nesse *aproveitamento*, obter então a expedição do certificado de conclusão do ensino médio.

Se o aluno menor de 18 anos, regularmente matriculado no ensino médio, não concluiu referida etapa, não pode ser a autoridade coatora compelida a expedir o certificado de *conclusão* do ensino médio, situação, aliás, nem prevista pela lei de regência. É uma burla do sistema estabelecido pela legislação regulamentadora da Constituição Federal.

E assim efetivamente deve ser interpretado.

Veja-se que a Portaria MEC n. 807, de 18 de junho de 2010, expedida regularmente com base na Lei 9.3496/96, ao instituir o exame nacional do ensino médio, estabeleceu, em seu artigo 4º que o ENEM haverá de ser realizado *periodicamente*, cuja participação, segundo **o artigo 5º**, é "*voluntária, destinada aos concluintes ou egressos do ensino médio e àqueles que não tenham concluído o ensino médio, mas tenham no mínimo dezoito anos completos na data da primeira prova de cada edição do Exame.*"

Essa norma tem um fundamento, que já vem sendo apontada neste voto, a saber, se a idade mínima para aqueles que não tenham completado o ensino médio é de 18 anos, ou aos ***concluintes do ensino médio*** **(então, com possibilidade de ser com menos de 18 anos, mas desde que *concluintes*)**, tal significa entender que o objetivo da lei de diretrizes e bases da educação nacional é o prevalecente, a saber, estruturar um modelo de ensino e de aprovação nele, para que o aluno possa ter acesso ao ensino superior, que lhe proporcione consolidar e aprofundar os conhecimentos adquiridos no ensino fundamental. E isto está claro no artigo 35 da lei 9.394/96, acima transcrito.

5. Por isto que, no território de Mato Grosso do Sul, a Secretaria de Estado de Educação regulamentou o exame nacional do ensino médio e, dentro das perspectivas maiores encartadas na Lei 9.394/96, expressou o objetivo da lei com a expedição da Deliberação CEE/MS N. 9377/2010, cujo artigo 4º tem o seguinte teor:

> *"Art. 4º. Para fazer jus à certificação o interessado deverá comprovar que ainda não conluiu o ensino médio e observar os seguintes requisitos:*
>
> *I – ter 18 (dezoito) anos completos até a data da realização da primeira prova do ENEM, ou seja 03 de novembro de 2012.*
>
> *II – ter atingido o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento, objeto da avaliação do ENEM;*
>
> *III – ter atingido o mínimo de 500 (quinhentos) pontos, na prova de Redação;*
>
> *Parágrafo único. Na área de Linguagens, Códigos e suas Tecnologias, o interessado deverá obter o mínimo de 450 pontos na prova objetiva e, adicionalmente, o mínimo de 500 pontos na prova de Redação, não sendo permitida a expedição de certificados distintos".*

A competência para emissão do certificado, na forma do artigo 3º, §1º, da referida Portaria, é da Secretaria de Educação da respectiva Unidade da Federação.

O impetrante, assim, ao participar do ENEM 2012 sabia das regras **e do Edital respectivo, o qual f**oi editado pela Secretaria de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do SUL em conformidade com a Lei 9.394/96 e, também, com a Portaria MEC 807/2010 e Portaria Normativa MEC n. 10/12, Portaria MEC n. 144, de 24.05.2012, bem assim como das normas estaduais da Secretaria de Estado de Educação contidas na Resolução SED n. 2.607, de 26 de dezembro de 2012 e Deliberação do CEE/MS n. 9377/2010.

Participou ele do ENEM 2012 na condição de *voluntári*o, posto que ainda cursando o ensino médio e, assim, destinado aos que já haviam *concluído o ensino médio (e queriam o aproveitamento das notas para não realizar a prova do vestibular) – que não era o caso do autor*. Nem ele era *egresso* do ensino médio, já o tendo terminado, portanto, nem era, também, *concluinte*, vale dizer, cursando o 3º ano, única hipótese em que admito como possível para aqueles menores de 18 anos aproveitarem as notas do exame nacional e, com as notas respectivas, obter a certificação de conclusão para ter acesso ao ensino superior.

6. Sabe-se, também, que o EDITAL é a norma que regula um determinado concurso. No caso, o exame nacional do ensino médio. E nesse Edital, que não tem vício algum de ilegalidade, estabeleceu-se também, ao tratar das inscrições, nos seus ítens 4.1. E 4.3. Que:

> *"4. DAS INSCRIÇÕES.*
>
> *4.2. Antes de efetuar sua inscrição, o PARTICIPANTE deverá ler este Edital, seus anexos e atos normativos nele mencionados, para certificar-se de que preenche todos os requisitos exigidos para a participação no ENEM e* ***aceita todas as condições nele estabelecidas.***
>
> .....
>
> ***4.3.*** *O PARTICIPANTE que prestar qualquer informação falsa ou inexata ao inscrever-se no Exame ou que* ***não satisfazer todas as condições estabelecidas neste Edital e demais instrumentos normativos, TERÁ CANCELADA SUA INSCRIÇÃO E SERÃO ANULADOS TODOS OS ATOS DELA DECORRENTES".***

ORA, o impetrante, então, sabia dos termos e condições para a realização do ENEM e principalmente sabia que **NÃO SATISFAZIA A TODAS AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO EDITAL,** de vez que não era *concluinte* do ensino médio, cursando apenas o 2º ano, e, outrossim, tinha menos que dezoito anos.

Não pode ele agora, porque obteve as notas mínimas previstas no EDITAL, querer obter a respectiva certificação de conclusão do ensino médio, porque, simplesmente, ele NÃO CONCLUIU referido ensino, estando com menos de 18 anos.

7. Como se não bastasse, a autoridade coatora presta importante informação, ao afirmar que "*no sistema do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP,* ***responsável pela aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM,*** *no ato da inscrição o estudante* ***menor de 18 (dezoito) anos, tem acesso à inscrição, contudo, na qualidade de "treineiro", isso porque no ato da inscrição é CIENTIFICADO dos critérios para a expedição do Certificado de Conclusão do Ensino Médio.***

A ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu benefício, **mas é isso o que o autor impetrante está fazendo, porque sabia da sua condição de treineir**o, por ser menor de 18 anos, e de que não poderia ter a certificação de conclusão do ensino médio, que ainda está cursando, eis que não enquadrado dentro de uma das hipóteses, já referidas, que permitiriam compelir a autoridade coatora a lhe expedir o certificado de conclusão do ensino médio.

Compelir a autoridade coatora a tal fim, a tal ato, quando não é nem autoridade coatora, muito menos praticante de qualquer ato ilegal ou abusivo, é ir contra o texto da Carta Magna, que diz que o mandado de segurança se destina a proteger **direito líquido e certo**, hipótese aqui inocorrente.

8. É sabido que **direito líquido e certo é,** segundo entendimento consolidado pela jurisprudência e externado pela doutrina, "*aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída. É, em síntese, a pré-constituição da prova dos fatos alçados à categoria de causa de pedir do 'writ', independentemente de sua complexidade fática ou jurídica, que permite a utilização da ação mandamental".*[1]

Além disso, como bem afirmou o professor ALFREDO BUZAID, (RF, volume 164, p. 13), "*deve-se exigir **dobrado rigor na concessão da segurança**. Se ela pressupõe direito líquido e certo por parte do sujeito ativo, **ilegalidade ou abuso de poder por parte do sujeito passivo**, claro é que a medida só deve ser concedida mediante a verificação da concorrência desses elementos. SE HOUVER AUSÊNCIA DE UM DELES, O JUDICIÁRIO DEVE DENEGAR A MEDIDA"* (RF 164/13).

O mesmo professor ensina ainda que o que esclarece o conceito de direito líquido e certo "*é a idéia de sua **incontestabilidade**, isto é, uma **afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pelo Poder Público** que praticou ato ilegal ou de abuso de poder".*

E arremata o culto professor, o que bem demonstra a total inviabilidade deste *mandamus*:

> *"Ele tem, na realidade, dois pólos: um positivo, **porque se funda na lei;** outro negativo, porque nasce **da violação da lei.** Ora, a lei há de ser certa em atribuir ao interessado o direito subjetivo, tornando-o insuscetível de dúvida. SE SURGE A SEU RESPEITO **QUALQUER CONTROVÉRSIA**, QUER DE INTERPRETAÇÃO, QUER DE APLICAÇÃO, JÁ NÃO PODE CONSTITUIR FUNDAMENTO PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.* (Alfredo Buzaid, Juicio de Amparo e Mandado de Segurança – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 56(1): 223-233, 1961, e Do Mandado de Segurança, RF, 164:12-1).

Não se pode afirmar como sendo *incontestável* o direito do impetrante, porquanto, reafirmo, o ato relatado nos autos não deduz a prática de ato ilegal ou abusivo por parte da autoridade indicada como coatora.

Para fazer jus ao *mandamus* o impetrante teria que **comprovar** que seu direito *advém da lei* e, mais ainda, que teria ocorrido *violação* dela pela autoridade coatora, o que não é a espécie, porque em nenhum instante a legislação de regência admite que estudante menor de 18 anos, que esteja cursando o segundo grau, sem tê-lo ainda ultimado – ou ao menos, dentro do princípio da razoabilidade, que esteja cursando o terceiro ano – possa ter expedido em seu favor o Certificado de Conclusão do Ensino Médio, pelo fato de que foi aprovado no respectivo exame nacional.

Outros requisitos são necessários e estes, como se viu da fundamentação acima, não foram preenchidos pelo impetrante, NÃO SENDO ELE DETENTOR, PORTANTO, DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO para fins de obter a concessão da segurança aqui impetrada.

9. Nem se alegue, como se vem apregoando reiteradamente na jurisprudência desta Corte de Justiça, equivocadamente a meu modo de ver e com todo o respeito a todos quantos pensam contrariamente ao que aqui estou expondo, que está havendo malversação do artigo 205 da Constituição Federal.

1 SODRÉ, Eduardo. Ações Constitucionais – org. Fredie Didier Jr.Salvador: Jus Podivum, 2006, p. 107.

Esse dispositivo estabelece:

> *Art. 205. A educação é direito de todos e dever do estado e da família, será 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 Lei 9.394, de 20 de Dezembro de 1996 atende perfeitamente a tais princípios, porque, ao estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, o fez em conformidade com os vetores contidos no dispositivo constitucional.

O artigo 2º mesmo, da lei, é expresso em tal sentido:

> ***Art. 2º****. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Se, de um lado, o artigo 4º, inciso V, da mesma lei dispôs que *"o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia* de (V) "*acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística,* ***segundo a capacidade de cada um"***, não menos certo é que, também, de outro lado, e no mesmo dispositivo previu a "*oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola*" e é nesse último contexto que se insere o ENEM.

A **capacidade de cada um** não significa, como se vem entendendo, que por ter o aluno obtido a pontuação mínima nos exames do ENEM, que deva ele ter acesso ao ensino superior, sem cumprir a etapa antecedente do ensino médio, o qual é **essencial, como se viu, para obter a respectiva certificação.**

Certificação de conclusão de ensino médio é **diferente** de *declaração de proficiência* com base no Exame Nacional de Ensino Médio-ENEM.

O PRIMEIRO, só é concedido para os alunos regularmente matriculados no ensino médio, que tenham concluído o 3º ano e obtido notas de aproveitamento para tal fim, **independentemente da idade, que pode ser, inclusive, menor de 18 anos.**

Declaração de proficiência **com base no Exame Nacional de Ensino Médio – ENEM,** só é conferido aos maiores de 18 anos que não concluíram o ensino médio **na idade apropriada**, ou seja, até os 18 anos, aplicando-se, inclusive, às pessoas privadas de liberdade e que, por isso mesmo, não puderam frequentar um curso regular do ensino médio.

As diferenças são evidentes e o que estamos vendo, no Estado de Mato Grosso do Sul é aplicar uma das normas – a do ENEM – aos alunos **regularmente** matriculados no ensino médio, o que não é possível e evidencia a completa ausência de **direito líquido e certo do impetrante**, com o máximo respeito a todos quantos pensam em contrário, como venho aqui afirmando.

A norma constitucional contida no artigo 205 da Magna Carta, assim, não está sendo desrespeitada. Ao contrário, seus princípios e vetores estão sendo observados pela legislação que regulamentou o dispositivo e cuja constitucionalidade é manifesta, estabelecendo distinções entre os alunos regularmente matriculados no ensino médio e que têm menos de 18 anos, daqueles que não puderam, por qualquer motivo, inclusive porque eventualmente privados de liberdade, cursar regularmente o ensino médio e têm mais de 18 anos, mas querem ter acesso à universidade. Assim, atende-se ao preceito constitucional contido no artigo 208,

inciso V, da Magna Carta Federal, o qual dispõe que "*o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (v) acesso a níveis mais elevados do ensino, de pesquisa e da criação artística,* ***segundo a capacidade de cada um*****".**

Tampouco se argumente em torno da inconstitucionalidade das **normas estaduais citadas** que regulamentam a matéria, porque estão elas editadas em conformidade com a legislação federal, advinda do MEC, NOS TERMOS EXATOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 211 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Esse dispositivo estabelece:

> ***"Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.***
>
> *§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais* ***e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva****, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;*
>
> *§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.*
>
> *§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.*
>
> *§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.*
>
> *§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular."*

Tampouco se argumente que o artigo 24, V, "c" da Lei 9.394/96 seria regra autorizadora do deferimento da pretensão da impetrante.

Referido artigo de lei assim está redigido:

> *"Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:*
>
> *(...)*
>
> *V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios:*
>
> *(...)*
>
> *c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries* ***mediante verificação do aprendizado****;"*

A possibilidade de **avanço**, programada no mesmo dispositivo, diz respeito ao **próprio curso** e *na série*, mediante a verificação do aprendizado, ou seja, **dentro do próprio sistema do ensino médio.** Caso é do aluno que está em condições de frequentar o 2º ano, em vez do 1º, ou o 3º, em vez d segundo, **segundo sua própria capacidade.**

A norma não possibilita, até mesmo porque outras contrariamente a ela dispõem, como os artigos 35 e 38 também já citados, que o aluno matriculado no ensino médio, tendo menos de 18 anos,

possa ter ***como concluído*** **o ensino médio** porque obteve nota de aproveitamento no exame nacional respectivo, o qual não lhe é dirigido, não é dirigido a aluno na mesma condição dele, mas àquele que, contando mais de 18 anos, não logrou êxito, por qualquer motivo, de terminar ou de cursar o segundo grau, ou o ensino médio e, mesmo, o fundamental, para ter, com o exame, acesso ao ensino médio.

10. Os Tribunais do País, generalizadamente, têm negado a pretensão similar à contida nestes autos. Vejam-se, dentre outros, estes acórdãos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISAO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR. EXAME SUPLETIVO. MENOR DE 18 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO CURSO MÉDIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *I - Descabida a utilização da via supletiva para o ingresso de estudante menor de 18 anos em curso de nível superior. Precedentes desta Corte.*
>
> *II - Recurso conhecido e improvido."* Processo: (AGR 2012207234 SE. Relator(a): DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE ABREU LIMA. Julgamento: 30/04/2012. Órgão Julgador: 2ª.CÂMARA CÍVEL -TJSe).

VALE A PENA A TRANSCRIÇÃO DO VOTO DO EMINENTE RELATOR DESSE RECURSO, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, PORQUE BEM DELINEIA OS TEMAS AQUI TAMBÉM POSTOS EM DISCUSSÃO:

> *"(...) Assim, não há como afastar a argumentação do embate com o dispositivo legal previsto no art. 38, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 9.394/96, que estatui idade mínima de 18 anos para a realização do exame de conclusão.*
>
> *Não obstante os posicionamentos anteriormente adotados, após minucioso exame da matéria, temos por certa a ausência de conflito entre o art. 208, V da CF e o retromencionado dispositivo, porquanto ambos tem o escopo de instrumentalizar o acesso à educação, equacionando-o com a capacidade individual do estudante.*
>
> *Nesse contexto, cumpre esclarecer que a habilidade demonstrada pela agravante na aprovação precoce no vestibular evidencia, desde já, a sua desnecessidade de conclusão do ensino médio pela via supletiva, na medida em que esta é dirigida justamente aos que, por situações adversas, não tiveram as mesmas condições de cursar, de forma regular, o ensino médio e, assim, tenciona minimizar-lhes os percalços na busca do acesso à educação.*
>
> *Portanto, a possibilidade de curso e exame supletivos* ***não foi criada para o jovem queimar etapas, mas, ao revés, para auxiliar os que não puderam experimentá-las nas mesmas circunstâncias que os demais na trajetória educacional.***
>
> *A educação, por sua vez, guarnecida constitucionalmente em capítulo próprio, tem significação e relevância peculiares para toda a sociedade, não podendo sua análise restringir-se à mera visão semântica, mas, diversamente, expandir-se numa incursão ontológica do instituto.*
>
> ***Neste particular, o Ministro Celso de Mello bem delineou os contornos do conceito de educação:***
>
> *"É mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades*

e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (ADI Nº 1.007-7/PE). (grifou-se).”

Nesse diapasão, é que me convenço da impropriedade do êxito da pretensão autoral, p*ois olvida o fim maior do sistema educacional, que busca mais do que simplesmente obrigar o cidadão a freqüentar por tantos anos os bancos escolares, mas, em verdade, objetiva formar cidadãos de bem, dando-lhes maturidade ao longo dos percalços que se afunilam na justa medida em que avançam rumo à conclusão do ensino médio, de modo que conceder a ordem fulmina o objetivo primordial do sistema educacional e lança um indivíduo ainda despreparado rumo à formação profissional.*

No exame do tema, já proferi decisões nesse sentido:

EMENTA: Reexame Necessário. Mandado de Segurança. Exame supletivo. Acesso ao ensino superior. Menor de 18 anos. Art. 205 da Constituição Federal c/c art. 38, §1º, inciso II da Lei 9.394/96. Sentença reformada. Ordem denegada. Decisão Unânime.

I - A educação guarnecida constitucionalmente em capítulo próprio tem significação e relevância peculiares para toda a sociedade, não podendo sua análise restringir-se à mera visão semântica, mas diversamente, expandir-se numa incursão ontológica do instituto, em prol da formação humanística de cada cidadão.

II - A decisão que acata o êxito da pretensão autoral olvida o fim maior do sistema educacional, que busca mais do que simplesmente obrigar o cidadão a freqüentar por tantos anos os bancos escolares, mas em verdade objetiva formar cidadãos de bem, dando-lhes maturidade ao longo dos percalços que se afunilam na justa medida em que avançam rumo à conclusão do ensino médio, de modo que conceder a ordem fulmina o objetivo primordial do sistema educacional e lança um indivíduo ainda despreparado rumo à formação profissional.

III - A exceção tornou-se regra, situação que não pode receber a chancela do Judiciário por configurar postura inadmissível à luz do ordenamento, especialmente por desvio de finalidade e violação dos mais basilares princípios que norteiam a exegese das normas em questão, pois pensar de maneira diversa é não respeitar a mens legislatoris, seja do constituinte (art. 205) seja do legislador ordinário - art. 38, §1º, inciso II da Lei 9.394/96. Sentença reformada. Decisão unânime. (TJ/SE, Reexame Necessário 0014/2011, DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE ABREU LIMA, Julgamento 25/04/2011). (grifou-se).

Destaquem-se, ainda, outros julgados desta Corte:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - APROVAÇÃO EM VESTIBULAR - PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME SUPLETIVO - MENOR DE 18 ANOS QUE PRETENDE ANTECIPAR CURSO MÉDIO, MEDIANTE EXAME SUPLETIVO, VISANDO MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ART. 38, § 1º, II, DA LEI 9.394/96 - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001/2011, 3ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO , RELATOR, Julgado em 06/09/2011). (grifou-se).

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - INSCRIÇÃO EM EXAME SUPLETIVO - APROVAÇÃO EM EXAME VESTIBULAR - MENOR QUE PRETENDE ANTECIPAR CURSO MÉDIO, MEDIANTE EXAME SUPLETIVO, VISANDO MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ART. 38, § 1º, II, DA LEI 9.394/96 - SENTENÇA REFORMADA.

- Para se submeter a exame supletivo de conclusão de ensino médio, necessária idade mínima de 18 (dezoito) anos, conforme expressamente exige o art. 38, § 1º, II, da L. 9.394/96, dispositivo que não afronta o art. 208, V, da CF. (REEXAME NECESSÁRIO Nº 0142/2010, 19ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO , RELATOR, Julgado em 07/12/2010). (grifou-se).

Ressalte-se que não olvidamos a existência dos precedentes jurisprudenciais favoráveis à tese da agravante. Todavia, reiteramos nosso entendimento pelo descabimento da exceção da via supletiva diante da inexistência, no caso concreto, de elemento de discrimem apto a justificar a medida.

O Judiciário, em nosso pensar, não pode avalizar uma burla ao acesso regular ao ensino superior sob o fundamento equivocado de enxergar traquejo extraordinário num estudante por lograr aprovação em curso universitário em entidade privada, *especialmente quando existem inúmeros alunos na mesma situação, que* ***não utilizam a via oblíqua para legitimar seu ingresso em uma das inúmeras vagas ofertadas pelas tão proliferadas instituições de ensino.***

Destarte, não se sobressai, ao menos neste instante processual, plausibilidade jurídica apta a merecer acolhida o pleito liminar."

NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL:

"Número: *70047670625*

Tribunal: *Tribunal de Justiça do RS* ***Seção:*** *CIVEL* ***Tipo de Processo:*** *Agravo de Instrumento* ***Órgão Julgador:*** *Quarta Câmara Cível* ***Decisão:*** *Acórdão* ***Relator:*** *Eduardo Uhlein* ***Comarca de Origem:*** *Comarca de São Leopoldo*

Ementa: *AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO. CERTIFICAÇÃO NO NÍVEL DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. REQUISITOS. IDADE. LIMINAR. AUSÊNCIA DE RISCO DE INEFICÁCIA DO MANDAMUS.*

Os elementos trazidos à colação, em sede de cognição sumária, não permitem, com a segurança mínima necessária, que se conclua pela violação do direito líquido e certo da impetrante a autorizar a concessão da liminar pleiteada.

2. A Portaria Normativa nº 16/2011 que dispõe sobre certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM estabelece, dentre outros, o ***requisito de possuir o candidato 18 (dezoito) anos completos até a data da realização da primeira prova do ENEM****, requisito que não demonstra ter a recorrente preenchido. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.*

(Agravo de Instrumento Nº 70047670625, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 13/06/2012) **Data de Julgamento:** 13/06/2012 **Publicação:** Diário da Justiça do dia 28/06/2012.

EM OUTRO ACÓRDÃO, RELATADO PELO DES. RUI PORTANOVA:

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. Hipótese em que é de rigor o indeferimento da inicial, porquanto o caso retratado nos autos não enseja a impetração de Mandado de Segurança, pois o impetrante não demonstrou violação de

direito líquido certo, por ocasião do indeferimento de certificado de conclusão do ensino médio pela Secretaria Estadual de Educação.

NEGARAM PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo Regimental Nº 70047527734, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/04/2012)

Assunto:

1. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. NEGATIVA. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INOCORRÊNCIA. 2. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO – ENEM.

Referências Legislativas: LF-9394 DE 1996 ART-47 PAR-2 (LEI DAS DIRETRIZES BÁSICAS DA EDUCAÇÃO - LDBE) CF-205 DE 1988 CF-208 INC-V DE 1988 LF-12016 DE 2009 ART-10.

4º Grupo de Câmaras Cíveis – (TJRS – Relator Des. RUI PORTANOVA. Processo n. 70047527734. Porto Alegre. Data do julgamento: 13.04.2012).

Repare-se que neste último aresto INDEFERIU-SE A INICIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA, por ausência de direito líquido e certo.

NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ:

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, ANTE A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ALEGAÇÃO DE QUE NÃO CURSOU OS 2º E 3º ANOS DO ENSINO MÉDIO, MAS QUE TERIA PARTICIPADO DO 'CURSO TÉCNICO EM LEITES E DERIVADOS - LATICÍNIOS' - REALIZAÇÃO DA PROVA DO ENEM - APROVAÇÃO - PUGNA PELO RECONHECIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DO CURSO TÉCNICO E DA PROVA DO ENEM PELA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - ***AUTORIDADE COATORA QUE EXIGIU A COMPROVAÇÃO DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, O QUE NÃO RESTOU REALIZADO - ATO PRATICADO EM ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - ARTIGO 44, INCISO II, DA LEI 9394/96 - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO -*** *CANCELAMENTO DA MATRÍCULA QUE SE DEU DE FORMA LEGAL - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO ENSINO MÉDIO PELO CURSO TÉCNICO E PELO ENEM QUE DEVEM SER APRECIADAS ADMINISTRATIVAMENTE PELO MINISTÉRIO DE EDUCAÇÃO (MEC) - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE - SENTENÇA QUE SE MANTÉM - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."*

(Relatora. Des. Denise Kruger Pereira. Processo: 956533-1. Acórdão: 32887, Fonte: DJ: 1059 , Data Publicação: 15/03/2013. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível, Data Julgamento: 11/12/2012).

NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS:

Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz - Data de Julgamento: 21/03/2013 - Data da publicação da súmula: 26/03/2013.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO ADMINISTRATIVO - REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - APROVAÇÃO EM VESTIBULAR - CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - CONDIÇÃO PARA MATRÍCULA

*EM CURSO SUPERIOR - I**NSCRIÇÃO EM EXAME SUPLETIVO - RECUSA - CANDIDATA COM 17 ANOS - LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL - IDADE MÍNIMA PARA INSCRIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VISUALIZADA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À SUBMISSÃO AO TESTE SUPLETIVO -** SEGURANÇA DENEGADA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PREJUDICADO. Muito embora o amplo direito à educação, nos termos da Constituição Federal, deva ser prestigiado e estimulado, **não se admite seu exercício ilimitado e incondicionado, de tal sorte que, regulamentada a matéria em sede infraconstitucional, exatamente com a finalidade de garantir uma formação educacional ordenada, deve ser seguida a disciplina implementada.***

*Exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei 9.394/96) a idade mínima de 18 anos para a inscrição em exame supletivo destinado à conclusão do ensino médio**, não se avista lesão a direito líquido e certo no ato de autoridade que impede o acesso, ao teste, de aluno com idade inferior.** O direito à educação é garantia constitucional que não pode ser restringida por lei de hierarquia inferior, devendo o Estado e a sociedade promover meios para tornar possível o acesso aos meios mais elevados de progresso intelectual.* (Apelação Cível e Reexame necessário 1.0637.001147-2/001.Des. Afrânio Vilela. 05.03.2013. Publicação em 15.03.2013.

AINDA:

Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim – Apelação Cível n. 1.0702.11.043760-6/001. Data de Julgamento: 07/03/2013 - Data da publicação da súmula: 14/03/2013.

Ementa:
EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME SUPLETIVO - CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO - MENOR DE 18 ANOS - IMPOSSIBILIDADE- ARTIGO 38 DA LEI 9.394/96 - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. 1. Nos termos do art. 38, §1, II da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), os exames supletivos realizar-se-ão, no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos, não podendo a aplicação do disposto na lei federal ser afastado por este órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob pena de violação do disposto no artigo 97, da Constituição Federal de 1988.2. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o estudante não pode ser prejudicado pela posterior desconstituição do provimento jurisdicional que lhe conferiu o direito pleiteado, devendo ser aplicado o disposto no artigo 462, do Código de Processo Civil.

3. Preliminar rejeitada e sentença confirmada, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

EMENTA: CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - REJEIÇÃO - ADOLESCENTE APROVADO EM CONCURSO VESTIBULAR - PEDIDO DE SUBMISSÃO A EXAME SUPLETIVO - NÃO PERFAZIMENTO DA IDADE MÍNIMA - ART. 38, § 1º, INC. II, DA LEI N.º 9.394/96 - JURIDICIDADE - OBTENÇÃO DA MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE POR FORÇA DA MEDIDA LIMINAR - TEORIA DO FATO CONSUMADO - INAPLICABILIDADE - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Verificado que a impetração não está fundada na ofensa aos preceitos da Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, evidencia-se a competência do juízo da Fazenda Pública e Autarquias para processar e julgar a demanda.

*2. **Não há direito do impetrante de se submeter ao exame supletivo com vistas à obtenção do certificado de conclusão do ensino médio, se ele não perfazia à época a idade mínima de 18 (dezoito) anos exigida no inc.II do § 1º do art. 38 da Lei n.º 9.394/96, o qual, sobre se destinar à educação de adultos e jovens que não tiveram acesso aos estudos na idade própria, não ofende o direito constitucional à educação dos adolescentes.***

3. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se mostra cabível a aplicação da teoria do fato consumado para convalidar a investidura das requerentes em universidade pública só viabilizada por força da liminar do 'mandamus' que permitiu a supressão de requisito não preenchido, uma vez que, assim fazendo, estar-se-ia conferindo ao provimento provisório o mesmo valor da sentença de mérito, com o consequente tratamento desigual em relação aos concorrentes daquele certame.

4. Preliminar rejeitada, sentença reformada, em reexame necessário, e recurso voluntário prejudicado.

Relator(a): Des.(a) Elpídio Donizetti – Apelação Cível e Reexame Necessário n 1.0702.11.040214-7/001. Data de Julgamento: 08/11/2012.

Data da publicação da súmula: 20/11/2012.

Ementa:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME SUPLETIVO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - REQUISITOS - ARTS. 37 E 38 DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL - APROVAÇÃO EM VESTIBULAR - FATO IRRELEVANTE -TEORIA DO FATO CONSUMADO - INAPLICABILIDADE - SENTENÇA REFORMADA - SEGURANÇA DENEGADA.

1. Nos termos dos arts. 37 e 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a inscrição em exame supletivo de conclusão do ensino médio somente deve ser permitida na hipótese de o candidato reunir os seguintes requisitos: a) ser maior de 18 anos; e b) não ter tido acesso aos estudos ou à continuidade destes, no ensino médio, na idade própria.

2. A garantia constitucional de acesso aos níveis mais elevados de ensino, prevista no art. 208, V, da CF, não deve ser interpretada de forma absoluta, a ponto de desnaturar a via excepcional do exame supletivo, idealizada pelo legislador com o propósito promover a cidadania, facilitando a inclusão educacional daqueles que não tiveram a oportunidade em tempo próprio. Dessa forma, a mera aprovação do candidato em vestibular não lhe confere o direito de encurtar sua vida escolar.

3. Não cabe ao Poder Judiciário, sob o signo da teoria do fato consumado, consolidar fatos jurídicos que causam prejuízos a terceiros, derivados de uma utilização transversa da legislação federal, em afronta, em última instância, ao princípio da isonomia.

Esses acórdãos, dentre outros, referendam o pensamento aqui também defendido, no sentido de que inobstante seja amplo o direito à educação, tal como contido nos artigos 205 e 208 da Constituição Federal, não se trata de um direito *ilimitado* e *incondicionado*.

A lei 9.394/96, que promoveu a regulamentação da matéria em sede infraconstitucional estabeleceu regras e critérios com a finalidade de **ordenar** o sistema educacional brasileiro, a ser implementada pelos Estados Federados e pelos Municípios, dentro do âmbito de suas respectivas competências.

Assim, se a Lei 9.394/96 estabeleceu que o aluno deve ter a idade mínima de 18 anos para se submeter ao exame nacional de ensino médio, de acesso somente àqueles que não completaram ou não

estão cursando regularmente o segundo grau (quando, sabidamente, têm menos do que 18 anos), não se pode vislumbrar *direito líquido e certo* do impetrante, porque a lei não prevê o direito postulado na inicial, de galgar acesso ao curso superior porque realizou o exame nacional, fazendo-o, como se viu também acima, na condição de *treineira*, sem geração de qualquer direito se ali aprovado fosse.

11. A meu ver, assim, pelas razões acima delineadas, o caso dos autos não permite que se determine a liberação do certificado para a matrícula do impetrante na universidade, eis que conta apenas 15 anos, sequer tendo iniciado o 3º ano do ensino médio, donde não se verifica direito líquido e certo a ser tutelado, não por falta de capacidade intelectual, mas sim frente a pouca idade e evidência de que o ingresso se dará de forma imatura e precipitada.

12. Ante o exposto, pedindo vênia ao e. relator, dele divirjo para conhecer do presente recurso e lhe negar provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (2º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (3º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (4º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL, QUE O IMPROVIA.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0009695-58.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE EM RODOVIA – FALTA DE PROVAS SUBSTANCIAIS DA CULPA EXCLUSIVA DE CADA PARTE – ELEMENTOS QUE APONTAM PARA A CULPA CONCORRENTE DE AMBOS OS REQUERIDOS – DEVER REPARATÓRIO – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO ARBITRADA COM BASE NAS PECULIARIDADES DA CAUSA E EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA – A PARTIR DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA – A PARTIR DO ARBITRAMENTO – APÓLICE – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA NA LIDE SECUNDÁRIA – CABIMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PERCENTUAL CALCULADO COM BASE NAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E DOZE VINCENDAS.

Se a par da instrução a probabilidade de culpa concorrente for mais evidente, deve ela ser declarada no intento de haver o ressarcimento proporcional a participação do réu no evento.

Constatando-se que o arbitramento da indenização por danos morais bem observou as peculiaridades da causa e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há falar em redução de seus valores. Os juros moratórios incidem a partir do evento danoso e a correção monetária a partir do arbitramento.

O pagamento do valor segurado deve ser calculado com a devida correção monetária, computada desde a data do contrato até a do efetivo pagamento, e juros de mora da data da citação.

Honorários advocatícios incidentes sobre a condenação em pensão mensal devem considerar as verbas vencidas e doze das prestações vincendas.

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, dar provimento ao recurso de Banco Itaú S.A, dar parcial provimento ao recurso de Luiz Carlos Rossi e Luiz N. B. do Amaral e negar provimento aro recurso de Sul America e João Domingos dos Santos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 20 de agosto de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Banco Itaú S.A., Luiz Carlos Rossi, Luiz Natalício Brito do Amaral, Sul America Companhia Nacional de Seguros S.A, João Domingos dos Santos interpõem recurso de Apelação em face da sentença

de fls. 962/976 que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais que Marlene Palmeira dos Santos, Ana Carolina Palmeira dos Santos move em face de Luiz Carlos Rossi, Luiz Natalício Brito do Amaral e João Domingos dos Santos, que: A) julgou parcialmente procedente o pedido de indenização pelo veículo, condenando-se os requeridos a pagarem às requerentes o valor de R$ 27.258,00 (vinte e sete mil duzentos e cinquenta e oito reais), descontando-se o valor da sucata a ser apurado em liquidação por arbitramento, com a nomeação de perito para que aponte o valor desta à época do acidente, devendo incidir sobre este valor atualização monetária pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação; B) julgou parcialmente procedente o pedido de indenização em forma de pensão mensal, condenando-se os requeridos a pagarem às requerentes pensão mensal de R$ 835,55 (oitocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), devidos desde a data do evento danoso até quando a vítima completaria 65(sessenta e cinco) anos de idade. Tal valor sujeitar-se-á à correção anual, nas mesmas bases de atualização do salário mínimo vigente no País, para que não ocorra desvalorização, e será dividido entre elas, com a ressalva que o valor será devido à filha até a idade de 25 (vinte e cinco) anos, e à viúva até eventual novas núpcias, fatos que ensejarão o direito de acrescer de uma ou de outra, conforme o caso; C) julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando-se os requeridos ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor da primeira requerente, corrigidos pelo IGPM/FGV desde a data de sua fixação, e acrescidos de juros de mora de 1% ao partir da ocorrência do evento danoso (Sum. 54 STJ). Esclareceu que da condenação imposta deverá ser deduzido o valor recebido pelas requerentes a título de seguro DPVAT no montante de R$ 13.479,48 (treze mil quatrocentos e setenta e nove reais e quarenta e oito centavos);

Ainda na sentença, o juiz singular julgou improcedente o pedido contraposto formulado pelo requerido João Domingos dos Santos. Por fim, julgou procedentes as denunciações da lide para condenar as litisdenunciadas Itaú Seguros e Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A a ressarcirem seus respectivos segurados pelos valores que despenderem em razão desta sentença, nos limites das apólices contratadas.

Ante a sucumbência mínima das partes autoras, condenou os requeridos e litisdenunciadas, na proporção de 1/3 para as litisdenunciadas e 2/3 para os requeridos, nas custas processuais e honorários advocatícios, esses arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Itaú Seguros S/A em suas razões de apelação (fls. 1016/1027) alega, em síntese, a ausência de culpa do condutor do veículo Toyota-Hilux no evento danoso. Defende que o que de fato ocorreu foi a colisão inicial na traseira do veículo Toyota pelo veículo S-10, resultado de sua imprudência, o que daí provocou a perda de controle pelo condutor do veículo Toyota, seguida de invasão da faixa da esquerda que levou o condutor do veículo Fox a desviar para a outra pista e acarretar a colisão frontal com o veículo S-10.

Requer, ainda, seja reformada a decisão que determinou a atualização do valor da condenação a título de pensão mensal fixada. Alega, para tanto, que há dupla correção para as parcelas vencidas, uma vez que sobre elas incidirá a correção anual com base no salário mínimo e também a atualização mensal pelo IGPM.

Com relação a correção monetária sobre as parcelas de pensão vencidas, alega que não pode prevalecer a incidência desde o evento danoso uma vez que se mostram estes devidos desde o ajuizamento da ação.

Por fim, no tocante à pensão, defende que a incidência dos honorários deve se limitar às parcelas vencidas, não podendo atingir a integralidade das vincendas. Desta forma requer seja a verba honorária fixada em percentual correspondente a 10 % sobre o somatório das prestações vencidas, mais um ano das vincendas.

Luiz Carlos Rossi e Luzi Natalício Brito do Amaral (fls. 1032/1050) alegam, em síntese, que a dinâmica do acidente de trânsito não ocorreu da forma entendida pelo juiz singular, visto que o único causador do sinistro foi o Sr. João Domingos dos Santos.

Defendem que foi o proprietário da S-10 que colidiu primeiramente em sua traseira, causando o descontrole do veículo Toyota Hilux e lançando-o para a pista contrária, e que a segunda colisão se deu entre a S-10 e o veículo Fox.

Aduzem que, quanto ao veículo Toyota Hilux, deve ser aplicada a Teoria do Corpo Neutro, onde o terceiro causador (S-10) provocou o deslocamento daquele veículo, sendo arremessado involuntariamente para a contramão de direção.

Pugnam, ainda: a) pela atualização do valor da sucata a ser deduzido para evitar o enriquecimento indevido das autoras/recorridas; b) para que os juros moratórios do valor fixado a título de dano moral fluam a partir da fixação e não do evento danoso; c) pela atualização do valor do DPVAT a ser deduzido; d) pela atualização do valor da apólice do seguro veicular.

Sul América Cia Nacional de Seguros (fls. 1057/1064).

Defende que o Sr. João Domingos não teve qualquer influência no acidente, visto que não há provas suficientes que demonstram a culpabilidade do mesmo, motivo pelo qual foi absolvido na ação penal nº 0550027-45.2006.8.12.0054.

Caso não seja esse o entendimento, requer seja sentença reformada para o fim de reduzir a condenação por danos morais fixados em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

João Domingos dos Santos (fls. 1075/1094) aduz, em apertada síntese, que não há culpa concorrente visto que seu veículo é que foi atingido pelo veículo Fox, que também não colidiu na traseira do veículo Toyota Hilux, de forma que não possui nenhuma culpa no acidente narrado.

Alega que, com esteio no princípio da causalidade adequada, não pode ser responsabilizado por resultado a que não deu causa, de forma que requer seja reconhecida a culpa exclusiva de terceiros, face as provas produzidas nos autos.

Requer a reforma da sentença, culminando com o julgamento totalmente improcedente da ação em relação ao apelante.

Contrarrazões das autoras apeladas (fls. 1099/1110 e 1111/1122) pela manutenção da sentença.

Contrarrazões de Itaú Seguros, pelo improvimento do recurso interposto por Luiz Carlos Rossi e Luiz Natalício Brito do Amaral.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Apelações interpostas por Banco Itaú S.A., Luiz Carlos Rossi, Luiz Natalício Brito do Amaral, Sul America Companhia Nacional de Seguros S.A, João Domingos dos Santos em face da sentença de fls. 962/976 que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais que Marlene Palmeira dos Santos, Ana Carolina Palmeira dos Santos move em face de Luiz Carlos Rossi, Luiz Natalício Brito do Amaral e João Domingos dos Santos, que: A) julgou parcialmente procedente o pedido de indenização

pelo veículo, condenando-se os requeridos a pagarem às requerentes o valor de R$ 27.258,00 (vinte e sete mil duzentos e cinquenta e oito reais), descontando-se o valor da sucata a ser apurado em liquidação por arbitramento, com a nomeação de perito para que aponte o valor desta à época do acidente, devendo incidir sobre este valor atualização monetária pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação; B) julgou parcialmente procedente o pedido de indenização em forma de pensão mensal, condenando-se os requeridos a pagarem às requerentes pensão mensal de R$ 835,55 (oitocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), devidos desde a data do evento danoso até quando a vítima completaria 65(sessenta e cinco) anos de idade. Tal valor sujeitar-se-á à correção anual, nas mesmas bases de atualização do salário mínimo vigente no País, para que não ocorra desvalorização, e será dividido entre elas, com a ressalva que o valor será devido à filha até a idade de 25 (vinte e cinco) anos, e à viúva até eventual novas núpcias, fatos que ensejarão o direito de acrescer de uma ou de outra, conforme o caso; C) julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando-se os requeridos ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor da primeira requerente, corrigidos pelo IGPM/FGV desde a data de sua fixação, e acrescidos de juros de mora de 1% ao partir da ocorrência do evento danoso (Sum. 54 STJ). Esclareceu que da condenação imposta deverá ser deduzido o valor recebido pelas requerentes a título de seguro DPVAT no montante de R$ 13.479,48 (treze mil quatrocentos e setenta e nove reais e quarenta e oito centavos);

Ainda na sentença, o juiz singular julgou improcedente o pedido contraposto formulado pelo requerido João Domingos dos Santos. Por fim, julgou procedentes as denunciações da lide para condenar-se as litisdenunciadas Itaú Seguros e Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A a ressarcirem seus respectivos segurados pelos valores que despenderem em razão desta sentença, nos limites das apólices contratadas.

Ante a sucumbência mínima das partes autoras, condenou os requeridos e litisdenunciadas, na proporção de 1/3 para as litisdenunciadas e 2/3 para os requeridos, nas custas processuais e honorários advocatícios, esses arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Itaú Seguros S/A em suas razões de apelação (fls. 1016/1027) alega, em síntese, a ausência de culpa do condutor do veículo Toyota-Hilux no evento danoso. Defende que o que de fato ocorreu foi a colisão inicial na traseira do veículo Toyota pelo veículo S-10, resultado de sua imprudência, o que daí provocou a perda de controle pelo condutor do veículo Toyota, seguida de invasão da faixa da esquerda que levou o condutor do veículo Fox a desviar para a outra pista e acarretar a colisão frontal com o veículo S-10.

Requer, ainda, seja reformada a decisão que determinou a atualização do valor da condenação a título de pensão mensal fixada. Alega, para tanto, que há dupla correção para as parcelas vencidas, uma vez que sobre elas incidirá a correção anual com base no salário mínimo e também a atualização mensal pelo IGPM.

Com relação a correção monetária sobre as parcelas de pensão vencidas, alega que não pode prevalecer a incidência desde o evento danoso uma vez que se mostram estes devidos desde o ajuizamento da ação.

Por fim, no tocante à pensão, defende que a incidência dos honorários deve se limitar às parcelas vencidas, não podendo atingir a integralidade das vincendas. Desta forma requer seja a verba honorária fixada em percentual correspondente a 10 % sobre o somatório das prestações vencidas, mais um ano das vincendas.

Luiz Carlos Rossi e Luiz Natalício Brito do Amaral (fls. 1032/1050) alegam, em síntese, que a dinâmica do acidente de trânsito não ocorreu da forma entendida pelo juiz singular, visto que o único causador do sinistro foi o Sr. João Domingos do Santos.

Defendem que foi o proprietário da S-10 que colidiu primeiramente em sua traseira, causando o descontrole do veículo Toyota Hilux e lançando-o para a pista contrária, e que a segunda colisão se deu entre a S-10 e o veículo Fox.

Aduzem que, quanto ao veículo Toyota Hilux, deve ser aplicada a Teoria do Corpo Neutro, onde o terceiro causador (S-10) provocou o deslocamento daquele veículo, sendo arremessado involuntariamente para a contramão de direção.

Pugnam, ainda: a) pela atualização do valor da sucata a ser deduzido para evitar o enriquecimento indevido das autoras/recorridas; b) para que os juros moratórios do valor fixado a título de dano moral fluam a partir da fixação e não do evento danoso; c) pela atualização do valor do DPVAT a ser deduzido; d) pela atualização do valor da apólice do seguro veicular.

Sul América Cia Nacional de Seguros (fls. 1057/1064).

Defende que o Sr. João Domingos não teve qualquer influência no acidente, visto que não há provas suficientes que demonstram a culpabilidade do mesmo, motivo pelo qual foi absolvido na ação penal nº 0550027-45.2006.8.12.0054.

Caso não seja esse o entendimento, requer seja sentença reformada para o fim de reduzir a condenação por danos morais fixados em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

João Domingos dos Santos (fls. 1075/1094) aduz, em apertada síntese, que não há culpa concorrente visto que seu veículo é que foi atingido pelo veículo Fox, que também não colidiu na traseira do veículo Toyota Hilux, de forma que não possui nenhuma culpa no acidente narrado.

Alega que, com esteio no princípio da causalidade adequada, não pode ser responsabilizado por resultado a que não deu causa, de forma que requer seja reconhecida a culpa exclusiva de terceiros, face as provas produzidas nos autos.

Requer a reforma da sentença, culminando com o julgamento totalmente improcedente da ação em relação ao apelante.

Contrarrazões das autoras apeladas (fls. 1099/1110 e 1111/1122) pela manutenção da sentença.

Contrarrazões de Itaú Seguros, pelo improvimento do recurso interposto por Luiz Carlos Rossi e Luiz Natalício Brito do Amaral.

Passo à análise conjunta dos recursos:

Tratam-se de recursos interpostos em face da sentença que considerou a existência de culpa concorrente dos condutores dos veículos Toyota Hilux e S-10 na ocorrência do acidente ocorrido na BR 163, que vitimou Edmilson Rocha dos Santo, pai e marido das autoras, condutor do veículo VW/Fox.

Da culpa do evento danoso

Observa-se das razões apresentadas que cada parte depositou na outra a responsabilidade pelo acidente, constando nos autos Boletim de Acidente de Trânsito produzido pela Polícia Rodoviária Federal (f. 42), após retificado (f. 47), Laudo de Exame Indireto realizado pelo Núcleo de Criminalística da Delegacia

Regional de Dourados – MS (fls. 177/181), Laudo Pericial (fls. 175/195 dos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas) elaborado por perito nomeado pelo juízo e a produção de prova testemunhal.

Considerando todos os elementos, o magistrado sentenciante pontuou, com razão, que os depoimentos das partes e testemunhas devem ser aferidos com cautela para se evitar que confundam ou induzam o juízo a erro, esclarecendo que a prova mais isenta é aquela produzida pelo perito oficial, baseada em critérios científicos, fatos concretos e análise desinteressada.

Em que pesem os argumentos expostos em ambos os recursos, tenho que não se mostraram suficientes a reforma a sentença que assim bem fundamentou:

> *"Sobre a questão fulcral da culpa pelos fatos, convém fazer uma digressão dos documentos e provas colacionados aos autos.*
>
> *Às f. 42 consta Boletim de Acidente de Trânsito lavrado pela Polícia Rodoviária Federal na data do acidente, que apresenta a seguinte narrativa dos fatos: "conforme levantamento e vestígios no local foi verificado uma colisão traseira de V1 (S-10) em V2 (Hilux), onde em seguida V2 (Hilux) veio a capotar e o V3 (Fox), provavelmente ao se desviar de V2 (Hilux) colidiu frontalmente com V1 (S-10).*
>
> *Após (f. 47), a pedido da requerente Marlene Palmeira dos Santos e sob o argumento de análise inicial do processo 08669 000240/2006-66 e dos vestígios nos veículos, a narrativa inicial foi retificada pelo Departamento da Polícia Rodoviária Federal passando a constar: "verifiquei no local uma colisão de V2(Hilux) em V3(Fox), seguida de colisão frontal de V3(Fox) com V1(S-10), onde após derrapagem, V2(Hilux) sem controle deslocou-se em rotação anti-horária para a contramão de direção recebendo o impacto em sua traseira esquerda; em seguida, V3 (Fox) colidiu frontalmente com V1(S-10), mantendo posição de repouso com a frente voltada para o sentido decrescente da via". (f. 17)*
>
> *Às f. 177-81, encontra-se cópia do Laudo de Exame Indireto requisitado pelo Delegado de Polícia de Nova Alvorada do Sul-MS e realizado pelo Núcleo de Criminalística da Delegacia Regional de Dourados-MS, datado de 02/05/2006, ou seja, posteriormente à retificação acima anotada, onde a conclusão foi a seguinte: "Ante o examinado e ora exposto conclui os peritos, que a causa determinante do acidente de tráfego em questão, foi a inobservância por parte do condutor do auto utilitário GM S10; ao não guardar distância do veículo que trafegava a sua frente e atentar para as condições de trafego reinante, tempo com chuva e curva logo em seguida; no que resultou a 'primeira' colisão da sua parte frontal contra a parte posterior do auto utilitário Toyota Hillux que trafegava a sua frente; e, numa 'segunda' colisão colidindo sua parte frontal contra a parte frontal do auto passeio VW Fox e o restante do desenrolar do evento, nas circunstâncias descritas nos documentos e nas fotos enviadas para o presente parecer técnico."*
>
> *Nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas em apenso (f. 175-95), o laudo pericial elaborado pelo perito nomeado pelo juízo foi conclusivo no seguinte sentido:*
>
> *"A causa determinante para o evento foi o desvio direcional do veículo Toyota-Hilux, em condições a serem esclarecidas, invadindo assim a contra mão de direção, vindo assim a interceptar a trajetória do veículo VW-Fox, colidindo com o mesmo, e tendo como consequência o choque entre os veículos VW-Fox e Chevrolet-S10, bem como o capotamento do mesmo (Toyota-Hilux).*
>
> *O veículo Toyota perdeu a direção devido a um dos seguintes motivos: sozinho ou choque do veículo S-10 na traseira do veículo em questão. Entretanto, para tentarmos resolver essa questão é imprescindível a apresentação do veículo S-10.*

Naqueles mesmos autos foi apresentado parecer (f. 208-25) pelo assistente técnico indicado pelo requerido Luiz Carlos Rossi, apontando divergências técnicas no Laudo Pericial.

Com relação à prova testemunhal produzida, convém a transcrição dos seguintes trechos:

Testemunha Luciane Ferreira Palhano (f. 648): *"estava no banco de passageiro na frente da Toyota Hillux na ocasião dos fatos. Haviam almoçado logo depois do Distrito de Anhanduí e dirigiam-se para Dourados. A Toyota estava devagar porque chovia bastante e quando a depoente mexia no rádio do veículo, sentiu uma propulsão no mesmo, tendo a nítida impressão de que isso ocorreu por uma batida traseira. A Toyota cruzou a pista e no acostamento bateu na guia e capotou. Antes da Toyota bater na guia a depoente chegou a ver o carro branco que vinha na direção da Toyota. Tem certeza que o Fox branco e a Toyota não se chocaram. (...)".*

Testemunha Thiago Santos Engel (f. 650): *"estava sentado no banco traseiro da Toyota, lendo um livro, e percebeu que a Toyota sofreu um impacto na traseira porque o seu livro caiu para a frente. Percebeu que a Toyota saiu de lado na pista e o motorista tentou consertar a trajetória, findando por cruzar a pista contrária, bater na guia e capotar. (...) Não houve choque entre o Fox e a Toyota. Também não havia possibilidade disto porque se não a Toyota não teria atravessado a pista e não teria atingido a guia e capotado (...)".*

Ainda, o requerido João Domingos dos Santos traz aos autos parecer técnico-pericial (f. 854-87), elaborado em virtude da denúncia oferecida pelo Ministério Público em seu desfavor nos autos do processo crime nº 054.06.550027-3, em trâmite pela Comarca de Nova Alvorada do Sul-MS, concluindo que "a causa determinante para o acidente é devida ao condutor do veículo V2-Hilux por invasão de faixa por motivos que não se pode precisar."

Delimitados os principais pontos para a solução da controvérsia no que diz respeito à responsabilidade pelo evento danoso, conclui-se que o conjunto probatório dos autos, apesar de amplo, é bastante confuso, havendo inclusive retratação do Boletim de Acidente de Trânsito lavrado inicialmente pela Polícia Rodoviária Federal.

Interessante notar que os ocupantes do veículo Toyota Hilux foram incisivos, em seus depoimentos, em afirmar que não houve o choque entre este e o Fox, ocupado pela vítima fatal. De outro lado, embora não tomado como testemunho, há nos autos (f. 18-9), declaração firmada pelos ocupantes do veículo Fox, onde atestam que houve o choque entre os veículos descritos.

Nestes termos, os depoimentos das partes e testemunhas devem ser aferidos com cautela, evitando-se que confundam ou induzam em erro o juízo.

A prova mais isenta constante dos autos é aquela produzida pelo perito oficial, baseada em critérios científicos, fatos concretos e análise desinteressada.

*O laudo de f. 175-95 dos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas em apenso é objetivo ao afirmar que "**A causa determinante para o evento, foi o desvio direcional do veículo Toyota-Hilux, em condições a serem esclarecidas, invadindo assim a contra mão de direção, vindo assim a interceptar a trajetória do veículo VW-Fox, colidindo com o mesmo, e tendo como consequência o choque entre os veículos VW-Fox e Chevrolet-S10, bem como o capotamento do mesmo (Toyota-Hilux)**".*

Outrossim, concluiu que "o veículo Toyota perdeu a direção devido a um dos seguintes motivos: sozinho ou choque do veículo S-10 na traseira do veículo em questão.

> *Entretanto, para tentarmos resolver essa questão é imprescindível a apresentação do veículo S-10."*
>
> ***Dentro desta caracterização dos fatos e levando em consideração que a culpa está atrelada à inobservância de um dever de cuidado, chega-se à conclusão de que no presente caso há culpa concorrente dos condutores dos veículos Toyota Hilux e S-10, eis que ambos chocaram-se com o veículo Fox, tendo o primeiro invadido a pista contrária por razões desconhecidas (provavelmente aquaplanagem), atingindo o Fox que, depois, posicionou-se no acostamento, onde foi atingido frontalmnete pelo segundo veículo***.
>
> *(...)*
>
> ***Verifica-se, assim, que não é possível desconsiderar as condutas dos veículos Toyota Hilux e S-10 envolvidos no acidente, tendo ambos agido com culpa***.
>
> *Desde já salienta-se que a responsabilização do requerido Luiz Carlos Rossi decorre de sua qualidade de proprietário do veículo Toyota Hilux, também responsável pela ocorrência do sinistro.*
>
> *De outro lado, denota-se que o único a quem não se pode atribuir qualquer tipo de culpa é ao condutor do veículo Fox, vítima fatal do fatídico acidente, amargando as requerentes desde aquela data, os infortúnios advindos de sua ausência.*
>
> *Restando, portanto, definidas as culpas dos requeridos pelo acidente e suas condutas imprudentes, impõe-se a análise dos danos alegados, sua existência, extensão e o nexo causal com o acidente, para fins de definição de obrigação de indenizar." (fls. 966-verso/967).*

Esclareço que quanto à culpa do apelante João Domingos, não obstante existam duas hipóteses (a ocorrência ou não da 1ª batida na traseira da Toyota Hilux) nenhuma delas ilide a culpa do apelante, uma vez que de acordo com o Laudo Pericial o veículo S-10 saiu de sua trajetória, indo para o acostamento, quando então colidiu com o veículo Fox. Observa-se que caracterizado está o nexo de causalidade entre o veículo S-10 e o acidente devido apenas à sua imperícia e imprudência, pois se tivesse permanecido em sua rita original não teria abalroado com o veículo Fox, não havendo, desta forma, como prosperar a tese de que não teve participação no evento danoso.

Quanto à responsabilidade do condutor do veículo Hilux, esclareço que se encontra também baseada no fato que todos são responsáveis na condução de seus veículos, devendo fazê-lo com prudência e perícia, pois destaco que, de acordo com o Laudo Pericial, não foi descartada a possibilidade de sozinho ter o veículo invadido a pista contrária em razão de aquaplanagem. Referido Laudo chegou a seguinte conclusão:

> *"A causa determinante para o evento, foi o desvio direcional do veículo Toyota-Hilux, em condições a serem esclarecidas, invadindo assim a contra mão de direção, vindo assim a interceptar a trajetória do veículo Vw-Fox, colidindo com o mesmo, e tendo como consequência o choque entre os veículos Vw-Fox e Chevrolet S-10, bem como o capotamento do mesmo (Toyota-Hilux)*"

Assim, considerando todos os elementos, destaco que as provas existentes não produzem a certeza necessária de que o evento ocorreu por culpa exclusiva de uma das partes, de forma que ambos os veículos, Toyota Hilux e S-10, concorreram na produção do resultado.

Com caso de acidente de trânsito, ante a ausência prova de culpa exclusiva de uma das partes, este tribunal recentemente decidiu:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESSARCIMENTO – ACIDENTE EM RODOVIA – **FALTA DE PROVAS SUBSTANCIAIS DA CULPA EXCLUSIVA DE CADA PARTE – ELEMENTOS QUE APONTAM PARA A CULPA CONCORRENTE** – RECURSOS IMPROVIDOS.*
>
> *O boletim de ocorrência lavrado pela autoridade de trânsito na rodovia é de presunção relativa, desafiando assim outros elementos de prova produzidos pela parte.*
>
> ***Se a par da instrução a probabilidade de culpa concorrente for mais evidente, deve ela ser declarada no intento de haver o ressarcimento proporcional a participação do réu no evento."***
>
> (Apelação - N. 0600174-60.2010.8.12.0046 - Chapadão do Sul; 5ª Câmara Cível; Relator – Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva; j: 7 de março de 2013).

Desta forma, quanto à culpa concorrente, a sentença ora combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos visto que não é possível desconsiderar as condutas dos veículos Toyota Hilux e S-10 envolvidos no acidente, tendo ambos agido com culpa.

Do valor fixado a título de dano moral

Quanto o pedido de indenização por danos morais o juiz singular condenou os requeridos ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor da primeira requerente, corrigidos pelo IGPM/FGV desde a data de sua fixação, e acrescidos de juros de mora de 1% ao partir da ocorrência do evento danoso (Súm. n. 54 STJ).

Esclareço, inicialmente, que somente a apelante Sul América Cia Nacional de Seguros se insurgiu em face ao valor arbitrado, sendo que os outros requeridos (Luiz Carlos Rossi, Luiz Natalício Brito do Amaral e João Domingos dos Santos) e a outra litisdenunciada (Sul América Cia Nacional de Seguro) não impugnaram o valor.

Pois bem, tenho que a fixação levada à efeito pelo magistrado *a quo* não merece reformas, sendo a quantia de R$ 100.000,00, condizente com a situação apresentada aos autos.

É sabido que inexiste em nosso ordenamento jurídico um critério de fixação para os danos morais, sendo que, a doutrina e jurisprudência têm aplicado reiteradamente o binômio compensação-punição. Sob esta ótica, ao mesmo tempo em que serve de lenitivo para o lesado, serve de desestímulo para o ofensor, evitando que atos deste tipo voltem a ser praticados.

Aliado a estas condições, deve-se verificar também, segundo o prudente arbítrio do magistrado, as condições sócio-econômicas das partes, de modo que a indenização não seja pequena a ponto levar o ofendido a se sentir injustiçado, nem tão grande a ponto de gerar o seu locupletamento ilícito.

Ponderando o caso concreto o juiz singular destacou:

> *"**De efeito, observa-se que a autora levava uma vida modesta, dependente do esposo, que era a única fonte de renda da família. Quanto aos requeridos, cuidam-se de pessoas de bom nível social que poderão suportar o encargo indenizatório sem maiores prejuízos aos seus patamares de vida. Desse modo, arbitra-se, eqüitativamente, a verba reparatória dos danos morais em valor correspondente a 100.000,00 (cem mil reais)**." (fls. 972).*

Dentro desta visão, não se pode olvidar que o sofrimento suportado pelas autoras, com a perda de seu esposo e pai, tenha sido insuportável. Assim, a quantia arbitrada é a que deve prevalecer, de modo a amenizar a dor causada em decorrência da perda sofrida.

Desta forma, deve ser mantida a quantia fixada em R$ 100.000,00 (cem mil reais), por estar dentro dos parâmetros da razoabilidade.

Dos juros de mora

Defendem, os apelantes Luiz Carlos Rossi e Luzi Natalício Brito do Amaral, que os juros moratórios do valor fixado a título de dano moral devem fluir a partir da fixação, ao contrário do que foi decidido na sentença que entendeu por bem aplicar os juros de mora a partir da data do evento danoso.

Vejo que, nesse ponto, sem razão o apelante, vez que agiu acertadamente a sentença *a quo*.

De acordo com a Súmula 54 do STJ, o termo inicial para a incidência dos juros de mora deve ser a data do efetivo prejuízo, ou seja, o dia do evento danoso. Vejamos:

> *"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".*
>
> *Importante destacar também o artigo 398 do Código civil, o qual estabelece que: "nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou".*

Portanto, deve ser mantida a sentença também neste aspecto, devendo os juros de mora ter incidência a partir da data do evento danoso.

Da correção das parcelas vencidas

O juiz singular condenou os requeridos a pagarem às requerentes pensão mensal de R$ 835,55 (oitocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), devidos desde a data do evento danoso. Esclareceu que tal valor sujeitar-se-á à correção anual, nas mesmas bases de atualização do salário mínimo vigente no País, para que não ocorra desvalorização.

Quanto às prestações vencidas, desde o evento danoso até a data da decisão, deverão ser pagas de uma só vez, devendo incidir sobre este valor atualização monetária pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação.

Neste ponto, alega o apelante Itaú Seguros S/A que há dupla correção para as parcelas vencidas, uma vez que sobre elas incidirá a correção anual com base no salário mínimo e também a atualização mensal pelo IGPM.

Não há que se falar em dupla correção das parcelas vencidas. No dispositivo da sentença, item "B", o juiz foi expresso ao determinar: *" Quanto às **prestações vencidas**, desde o evento danoso até a data desta decisão, deverão ser pagas de uma só vez, devendo incidir sobre este valor **atualização monetária pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação**." (fls. 975/verso).*

Assim, para evitar possível alegação de obscuridade, esclareço que quanto às **prestações vencidas**, a atualização monetária deve ser feita pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação.

Já quanto às parcelas vincendas, estas sim, sujeitar-se-ão à correção anual, nas mesmas bases de atualização do salário mínimo vigente no País.

De fato, uma forma de atualização não se confunde com a outra e, em caso de mora das parcelas vincendas, poderá, de fato, haver incidência de ambas, porém não referente ao mesmo lapso temporal,

considerando que a parcela será atualizada pelas mesmas bases do salário mínimo até o seu vencimento e pelo IGPM após.

Da atualização do valor do DPVAT a ser deduzido

Pugnam os apelantes Luiz Carlos Rossi e Luzi Natalício Brito do Amaral, que deve ser atualizado do valor do DPVAT a ser deduzido da condenação imposta.

De fato, tendo as autoras recebido a título de seguro DPVAT o montante de R$ 13.479,48 (treze mil quatrocentos e setenta e nove reais e quarenta e oito centavos), deve ser observado o disposto no verbete nº 246 da Súmula do c. STJ, que enuncia que "*o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada*".

Não há que se falar, contudo, em atualização de valor já disponibilizado às autoras considerando que de valor da condenação ainda se encontra pendente de pagamento, de forma que não merece reparos a decisão o juiz singular que assim fundamentou:

> *"Pretende o embargante que o valor já disponibilizado às autoras sofra atualização para dedução de valor de condenação que ainda se encontra pendente de pagamento.* ***Ora, a pretensão afigura-se de todo ilógica e caso acolhida ensejaria o enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento de outra, uma vez que não se pode permitir que, como já anotado, eventual valor já disponibilizado seja atualizado para abatimento de quantia ainda pendente de pagamento.***
>
> *Assim, não há qualquer omissão, devendo ser deduzido do montante da condenação a quantia efetivamente recebida pelas autoras a título de seguro DPVAT, sem qualquer atualização na forma como ilogicamente pretendida"*

Da atualização do valor da sucata

Pugnam, ainda, os apelantes Luiz Carlos Rossi e Luzi Natalício Brito do Amaral, pela atualização do valor da sucata a ser deduzido para evitar o enriquecimento indevido das autoras/recorridas. Sem razão, contudo. Explico.

O juiz singular julgou parcialmente procedente o pedido de indenização pelo veículo, condenando-se os requeridos a pagarem às requerentes o valor de R$ 27.258,00 (vinte e sete mil duzentos e cinquenta e oito reais), descontando-se o valor da sucata a ser apurado em liquidação por arbitramento, com a nomeação de perito para que aponte o valor desta à época do acidente, devendo incidir sobre este valor atualização monetária pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação.

Ora, se o valor considerado do veículo é o da época do sinistro (ao analisar o preço médio de mercado do veículo, pela tabela FIPE (http://www.fipe.com.br/web/index.Asp), no ano e mês do sinistro, verifica-se que o valor do mesmo era de R$ 27.258,00), o da sucata também deverá ser o da época do acidente, não havendo qualquer razão ao pleito dos apelantes.

Observa-se da decisão que o valor a ser corrigido é o obtido da diferença entre o valor do veículo e o da sucata, devendo incidir sobre este valor atualização monetária pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e juros de 1% ao mês a contar da citação.

Da atualização do valor da apólice

Requerem os apelantes Luiz Carlos Rossi e Luzi Natalício Brito do Amaral, a atualização do valor da apólice do seguro veicular. Com razão os apelantes.

De fato impõe-se que o valor segurado seja atualizado, pelo IGP-M, desde a contratação, porquanto, a inflação se faz presente também no espaço compreendido entre aquela data e a do acidente.

Entender de forma diversa enseja, a um só tempo, o enriquecimento sem causa da seguradora e o injustificável enfraquecimento da indenização securitária.

O Superior Tribunal de Justiça, examinando matéria semelhante, decidiu:

> *"Seguro. Pagamento a menor. Correção monetária. Indenização por danos materiais e morais. Precedentes da Corte.1. O pagamento do valor segurado deve ser calculado com a devida correção monetária, computada desde a data do contrato até a do efetivo pagamento.2. Sem a devida comprovação não é admissível indenização por danos materiais.3. Em inadimplemento contratual sem repercussão na esfera íntima do segurado, de acordo com o cenário dos autos, não é pertinente a indenização por danos morais.4. Recurso especial conhecido e provido, em parte.*"(Resp 702998/PB, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 546, REPDJ 06/02/2006, p. 280)

Assim, sendo a correção monetária um mecanismo para evitar a corrosão do poder aquisitivo da moeda, impõe-se que o valor segurado seja atualizado desde a sua contratação, para que a indenização seja efetivada com base em seu valor real, na data do pagamento.

Desta forma, reformo a sentença para que os valores constantes na apólice sejam corrigidos monetariamente pelo IGPM a partir do início de vigência da apólice, acrescidos de juros de mora de 1% desde a data da citação.

Dos honorários

No tocante aos honorários de advogado, os quais foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, incluídas as prestações vincendas e vencidas, assiste razão a seguradora apelante, isso porque, a condenação a ser considerada para cálculo dos honorários são as verbas vencidas e doze das prestações vincendas, segundo jurisprudência pacífica do STJ, *in verbis*:

> *CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO.CONDENAÇÃO.*
>
> *IV. Honorários advocatícios incidentes sobre a condenação, assim consideradas as verbas vencidas e doze das prestações vincendas.* (REsp 1022960/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 07/12/2009).
>
> *EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO CARACTERIZADA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - LAPSO TEMPORAL NA COBERTURA SECURITÁRIADE ENTRE O ENDOSSO E A VIGÊNCIA DA NOVA APÓLICE - ABUSIVIDADE - PENSÃO VITALÍCIA - INCLUSÃO NA CATEGORIA DE DANOS MATERIAIS - DANO MORAL - ESPÉCIE DE DANO NÃO-PATRIMONIAL - MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS -* ***HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PERCENTUAL CALCULADO COM BASE NAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E DOZE VINCENDAS*** *- MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AFASTADA - RECURSO DA REQUERIDA E DA LITISDENUNCIDA PARCIALMENTE PROVIDO - ADEVISO IMPROVIDO.* (Apelação nº 0000113-55.2002.8.12.0007; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Relator(a): Des. Paschoal Carmello Leandro; Data do julgamento: 18/10/2011)

Assim, deve ser reformada a sentença para que os honorários advocatícios, no que tange à condenação de indenização em forma de pensão mensal, sejam calculados com base nas prestações vencidas e as doze vincendas.

Conclusão

Por tais razões, conheço dos recursos de Sul America Companhia Nacional de Seguros S.A e João Domingos dos Santos e nego-lhes provimento. Conheço do recurso de Luiz Carlos Rossi e Luiz Natalício Brito do Amaral e dou-lhe provimento para determinar que os valores constantes na apólice do seguro veicular sejam corrigidos monetariamente pelo IGPM a partir do início de vigência da apólice, acrescidos de juros de mora de 1%, desde a data da citação. Conheço do recurso de Itaú Seguros S/A e dou-lhe provimento para determinar que os honorários advocatícios, no que tange a condenação de indenização em forma de pensão mensal, sejam calculados com base nas prestações vencidas e doze vincendas. Mantenho os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE BANCO ITAU S/A, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE LUIZ CARLOS ROSSI E LUIZ N. B. DO AMARAL E NEGARAM PROVIMENTO ARO RECURSO DE SUL AMÉRICA E JOÃO DOMINGOS DOS SANTOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, MS, 20 de agosto de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0803844-89.2012.8.12.0002/50000 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – UTILIZAÇÃO DA IMAGEM PARA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO OFENDIDO – AFRONTA AO DIREITO DE IMAGEM – ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA – FIXAÇÃO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO IMPROVIDO.

I. É devida a indenização por dano moral em face da utilização da imagem do ofendido para comercialização de produto sem sua devida autorização.

II. Em sede de indenização por danos morais, deve ser observado o critério da razoabilidade para que o valor arbitrado não seja extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento ilícito, tampouco de valor ínfimo, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

III. Mantém-se a decisão prolatada em recurso de apelação cível, quando não tenha sido apresentado no agravo novo elemento o qual pudesse levar o relator a se retratar da decisão recorrida.

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, MS, 15 de outubro de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Companhia Brasileira de Distribuição - Extra interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática de fls. 146-149 que negou seguimento ao recurso de Apelação interposto nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Lidiane de Mello Azambuja.

O agravante sustenta a impossibilidade de julgamento monocrático do recurso, eis que manifestamente cabível para o fim que se pleiteia, aduzindo, ainda, a má valoração das provas para a prolação sentencial.

O dano à moral ocorre quando o uso da imagem culmina na depreciação ou ataque à imagem do ofendido, o que alega não ser o caso dos autos, razão pela qual requer a reforma da sentença e, caso este não seja o entendimento adotado, requer a minoração do *quantum* indenizatório arbitrado.

Ao final, pugna pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Companhia Brasileira de Distribuição - Extra interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática de fls. 146-149 que negou seguimento ao recurso de Apelação interposto nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Lidiane de Mello Azambuja.

Por meio do presente recurso, o agravante clama pela reforma da decisão recorrida, de modo a afastar a condenação ao pagamento fixado à título de indenização por danos morais ao autor. Em caso de entendimento divergente, requer a redução do *quantum* indenizatório a patamares condizentes com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Compulsando os autos, restou demonstrado que o agravante não apresentou fundamentações novas ao presente recurso, assim, valho-me das mesmas razões de decidir da decisão monocrática para análise deste. Eis o teor da decisão recorrida, *in verbis*:

> *"O presente recurso revela-se manifestamente inadmissível, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC nº 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.*
>
> *Extrai-se dos autos que o apelante confeccionou produto para a venda (porta-lápis) em seu estabelecimento, utilizando-se de fotografias pessoais da autora e de sua família, sem a notificação ou o consentimento da mesma.*
>
> *Em face da exposição indevida da intimidade pessoal da apelada e de sua família, foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R$15.000,00 (quinze mil reais).*
>
> *Em recurso de apelação, sustenta que utilizou da imagem da família da recorrida apenas para estampar o espelho de uma relação familiar harmoniosa e unida, inexistindo qualquer exposição da imagem da autora e de seus filhos de forma humilhante ou vexatória, razão pela qual requer a reforma da sentença recorrida.*
>
> *Todavia, tenho que tal alegação não merece prosperar.*
>
> *Embora o apelante tenha apresentado extensa jurisprudência e doutrina, não anexou aos autos qualquer prova autorizando-a a utilizar a imagem da autora para a comercialização de produtos.*
>
> *A Constituição Federal de 1988, em ser art. 5º, caput, assegura a igualdade de todos perante a lei, e em seu inciso X, estabelece a inviolabilidade da honra e da imagem pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, impondo o dever indenizatório quando houver violação.*
>
> *Comenta, ainda, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra, "Responsabilidade Civil", 7ª edição, in verbis:*
>
> *"A Carta Magna foi explícita em assegurar, ao lesado, direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Nos termos do artigo 20 do Código Civil, a reprodução da imagem*

para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra ou a respeitabilidade. (...) Por sua vez, proclamou o Tribunal de Justiça de São Paulo que 'a exploração comercial de fotografia, sem autorização do fotografado, constitui violação do direito à própria imagem, que é direito da personalidade, e, como tal, configura dano moral indenizável. Não se presume nunca a autorização tácita, de caráter gratuito, para uso comercial de fotografia, quando o fotógrafo não seja modelo profissional'."

Assim, nota-se que a conduta do apelante afrontou a norma constitucional que assegura o direito à imagem, fazendo nascer a obrigação da apelante em indenizar o apelado.

Ademais, não resta dúvida de que a utilização das fotografias discutidas trouxeram transtornos de ordem moral para a apelada, tendo em vista que a imagem de sua família encontrava-se a venda em produtos, causando sofrimento psíquico e emocional a mesma.

Veja-se o entendimento deste Eg. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, analisando caso análogo, in verbis:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM JORNAL EDITADO EM ÉPOCA DE CAMPANHA ELEITORAL - AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO AUTOR - DANO MORAL CONFIGURADO. A reparação do dano moral não exige necessariamente a ofensa à reputação moral daquele que tem a foto publicada sem o seu conhecimento. O dever de indenizar decorre da simples utilização indevida de um direito personalíssimo, o da imagem. (...) (TJ-MS. Apelação cível. Proc. 2003.001869-7. Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. J. 27/04/2004).

Dessa forma, vislumbre-se que a imagem da apelada foi ofendida com a comercialização de produto com fotos suas e de seus filhos sem prévia autorização, repercutindo diretamente na esfera íntima desta, por isso o dever de indenizar os danos morais torna-se imperioso.

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 a reparação do dano não constitua em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido.

É cediço que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para se chegar ao quantum a ser fixado a título de danos morais. A quantia a ser paga fica ao arbítrio do juiz e deve agir como forma de compensar o lesado pelos prejuízos sofridos e desestimular o ofensor a persistir em eventos danosos.

Sendo assim, o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante, lembrando que, no presente caso, trata-se o réu de microempresa, razão pela qual faz-se importante observar a condição financeira das partes.

Na esteira desse raciocínio, noto que a importância fixada em R$15.000,00 (quinze mil reais) atende ao princípio da razoabilidade, dentro da realidade e das peculiaridades do caso concreto.

Com isso, propicia-se uma sanção que não constitui locupletamento ilícito e atende satisfatoriamente aos interesses das partes, compensando o sofrimento e o constrangimento do requerente e representando sanção à requerida.

Neste sentido, veja-se a jurisprudência desta E. Primeira Câmara Cível, in verbis:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – SERASA/SPC – DANO MORAL PRESUMIDO – QUANTUM MAJORADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO DA CONSUMIDORA PROVIDO EM PARTE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO. A jurisprudência encontra-se consolidado no sentido de ser presumível o dano moral sofrido pelo consumidor que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastro de proteção ao crédito. A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve ser feita com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento de um a custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor estabelecido não seja irrisório". (TJ/MS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.034363-6/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins)

Ante todas essas peculiaridades, entendo por bem manter o quantum indenizatório fixado na sentença, o qual corresponde ao montante de R$15.000,00 (quinze mil reais), sendo este valor razoável, bem ponderadas as circunstâncias e como forma de reparação dos danos morais causados à autora.

Tendo sido todas as questões levantadas e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já afirmou, em inúmeros precedentes, que "exigir que o Tribunal a quo se pronuncie sobre todos os dispositivos levantados pela parte, sob a pecha de prequestionamento explícito, implicaria rediscussão da matéria julgada, o que não se coaduna com o fim dos embargos. Ademais, não há que se falar em violação ao artigo 535, II, do CPC." (AgRg no Ag n. 183.649-RJ – Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 1.10.98, DJU 14.12.98, p. 280).

Ademais, é firme a jurisprudência pátria no sentido de que o julgador não esta obrigado a examinar e responder a todos os argumentos das partes, podendo inclusive decidir a causa por fundamentos diversos dos alegados pelos litigantes, devendo apenas solver a lide fundamentadamente, expondo as razões e motivos de seu convencimento.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso."

Pois bem, tomando conhecimento da súplica do agravante, tive a oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente no recurso de agravo, porém, não me convenci das razões deste regimental.

Assim, como o agravante não acresceu nada a este recurso, de modo que pudesse haver a retratação da decisão monocrática, não se visualiza razão para alterá-la, mormente porque não trouxe o recorrente nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

P.I.

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. Hildebrando Coelho Neto.

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. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 4002319-09.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMPRESA DE TELEFONIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RELAÇÃO DE CONSUMO – CABIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO IMPROVIDO.

É cabível a inversão do ônus da prova, se caracterizada a relação de consumo havida entre as partes e a hipossuficiência econômica e técnica do consumidor em relação ao fornecedor do produto ou serviço, sendo essa a medida que impõe-se, nos termos da Norma Consumerista.

Mantém-se a decisão prolatada em recurso de apelação cível, quando não tenha sido apresentado no agravo novo elemento o qual pudesse levar o relator a se retratar da decisão recorrida.

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, MS, 15 de outubro de 2013.

Des. João Maria Lós - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Brasil Telecom S/A interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática de fls. 85-87, que negou seguimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto nos autos da ação declaratória c/c obrigação de fazer ajuizada por Laercio Alves dos Santos.

Sustenta que a decisão recorrida merece reparos, uma vez que se encontra em confronto com o entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Ainda, alega o agravante que há de verificar-se a adequabilidade do princípio da inversão do ônus da prova ao caso concreto, visto que necessário a comprovação da verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do agravado para a possibilidade da aplicação do instituto discutido, não sendo este o caso dos autos.

Ao final, pugna pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator).

Brasil Telecom S/A interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática de fls. 85-87, que negou seguimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto nos autos da ação declaratória c/c obrigação de fazer ajuizada por Laercio Alves dos Santos.

Compulsando os autos restou demonstrado que o agravante não apresentou fundamentações novas ao presente recurso, assim, valho-me das mesmas razões de decidir da decisão monocrática para análise deste. Eis o teor da decisão recorrida, *in verbis*:

> *"O presente recurso revela-se manifestamente inadmissível, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC nº 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.*
>
> *No que pertine a inversão do ônus da prova, matéria de fundo do presente agravo, tenho que a tese da agravante não há de ser acolhida haja vista que as regras constantes no diploma Consumerista (Código de Defesa do Consumidor) têm caráter público, já que possui origem constitucional. Ou seja, é norma que tem superioridade hierárquica, impondo-se e prevalecendo sobre as normas de caráter privado, tendo por objetivo salvaguardar valores básicos da sociedade.*
>
> *Conforme dispõe o supracitado diploma legal, constitui um direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (artigo 6º, inciso VIII).*
>
> *Dessa forma, no que tange ao ônus probatório no processo, a lei do consumidor trouxe uma exceção, deixando a critério do juiz, diante das circunstâncias dos autos, determinar a inversão do ônus da prova, de modo a transferir ao fornecedor a produção de prova capaz de elidir a presunção que vige em favor do consumidor.*
>
> *In casu, o magistrado singular, o qual detém poder discricionário para verificar que resta evidenciada a situação de hipossuficiência do consumidor frente à empresa recorrente, sendo possível a inversão do ônus da prova, inclusive para efeito de exibição de documentos.*
>
> *Nesse sentido a pacífica jurisprudência desta Corte:*
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – BRASIL TELECOM S/A – INÉPCIA DA INICIAL – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SOB A ÉGIDE DO CDC – IMPROCEDENTE – RELAÇÃO DE CONSUMO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A Brasil Telecom S/A é parte legítima para figurar no polo passivo da ação que tem como objeto atribuir responsabilidade decorrente de contrato firmado com a Telems, uma vez que assumiu o seu controle acionário por meio do processo de privatização da Telebrás.*
>
> *Não é inepta a petição inicial quando permite à parte contrária responder integralmente a lide, sem ofensa ao direito de defesa.*

O direito de ação não pode ser condicionado ao prévio esgotamento das vias administrativas, sob pena de violação do principio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Nas relações entre concessionária de serviços públicos e consumidor incidem as regras contidas na Lei n. 8.078/1990, inclusive a inversão do ônus da prova, para efeito de exibição de documentos, não se aplicando ao caso, isoladamente, as regras de distribuição de responsabilidade pela instrução probatória, previstas no art. 330, do CPC." (TJMS – Agravo - N. 2012.013549-6/0000-00 - Fátima do Sul - Quarta Câmara Cível - Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - j. Em 19.6.2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE PASSIVA – INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADAS – TELEMS – BRASILTELECOM – SUCESSÃO – RESPONSABILIDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DO ART. 6º, VII, DO CDC – HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO ADMITIDA – DECISÃO MANTIDA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Se da leitura da petição inicial observa-se que esta permitiu a ampla defesa da parte demandada, porquanto bem compreendidos o pedido e causa de pedir, não se há falar em inépcia da inicial.

Outrossim, não é possível reconhecer a inépcia da inicial pela alegação de ausência de documentos comprobatórios do direito da parte, uma vez que o mérito do pedido deverá ser decidido pelas regras de distribuição do ônus da prova.

A Brasil Telecom S.A é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação que tem por objeto atribuir responsabilidade decorrente de contrato celebrado pela Telems, porque assumiu o seu controle acionário por meio de processo de privatização da Telebrás.

Sendo reconhecida a existência de uma relação de consumo entre as partes, devem ser aplicadas as regras consumeristas, inclusive com relação à inversão do ônus probatório, desde que constatada a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte autora." (TJMS – Agravo Regimental em Agravo - N. 2011.034608-9/0001-00 - Fátima do Sul - Terceira Câmara Cível - Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - j. em 14.2.2012) (grifei)

Destarte, não merece reparos a decisão objurgada, no tanto em que deferiu a inversão do ônus da prova e determinou a exibição dos contratos e documentos necessários para o deslinde da demanda.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso."

Tomando conhecimento da súplica do agravante, tive a oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente no recurso de agravo, porém, não me convenci das razões deste regimental.

Como o agravante não acresceu nada a este recurso, de modo que pudesse haver a retratação da decisão monocrática, não se visualiza razão para alterá-la, mormente porque não trouxe o recorrente nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

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. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0030029-11.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. COBRANÇA – CONTRATO DE PECÚLIO – RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO ALEATÓRIO – COBERTURA DO RISCO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.

Tendo em vista a própria natureza do contrato de pecúlio, as contribuições pagas não são passíveis de devolução, uma vez que os riscos contratados ficaram cobertos pela seguradora durante a vigência do contrato.

A obrigação da caixa de pecúlio, pensões e montepios é condicional, pois depende da ocorrência de evento futuro e incerto, enquanto a do segurado é certa, correspondente ao dever de efetuar o pagamento do prêmio ao longo do tempo em que o contrato vigorar.

Do cumprimento dessa obrigação depende o direito do segurado de exigir do segurador o pagamento da quantia estipulada, caso se verifique o evento a que se subordina a obrigação deste, de sorte que se o risco esteve segurado não tem ele direito à devolução da quantia correspondente ao prêmio que pagou mensalmente, uma vez que a condição não se realizou.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 1 de outubro de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Sotero Sanchez apela (p. 362-6) contra a sentença (p. 341-8) que julgou improcedentes os pedidos que formulou na ação declaratória c.c. cobrança que move em face de Capemi – Caixa de Pecúlio, Pensões e Montepios – Beneficente, em virtude de contratos celebrados entre ambos, objetivando *"a declaração de nulidade das cláusulas posteriores ao contrato inicial e as ilegais, quais sejam: 1) as que diminuam ou restrinjam o direito ao recebimento de valores de resgate de reservas, de pecúlio, de pensão, ou de outra forma pactuada, todos proporcionalmente aos valores contribuídos pelo Autor; 2) as que não permitam resgate de pelo menos 80% do valor contribuído corrigido, conforme demonstrado; e 3) as que restrinjam direitos do consumidor/Autor em relação à interpretação de cláusula ou lei mais benéfica ao mesmo"*, além de *"oportunidade de cálculos de liquidação, mediante Sentença expressa em relação aos índices e valores, fornecidos pelo Requerente"* (p. 11-2).

Limita-se a manifestar, de maneira passional, sua irresignação contra a sentença e a dizer que o recurso *"faz remissão aos fundamentos legais contidos na petição inicial e impugnação à contestação"* (p. 366).

Requer seja reformada a sentença e invertidos os ônus da sucumbência.

Em contrarrazões (p. 374-93), a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Sotero Sanchez ajuizou a presente ação declaratória c.c. cobrança em face de Capemi – Caixa de Pecúlio, Pensões e Montepios – Beneficente, em virtude de contratos celebrados entre ambos, objetivando *"a declaração de nulidade das cláusulas posteriores ao contrato inicial e as ilegais, quais sejam: 1) as que diminuam ou restrinjam o direito ao recebimento de valores de resgate de reservas, de pecúlio, de pensão, ou de outra forma pactuada, todos proporcionalmente aos valores contribuídos pelo Autor; 2) as que não permitam resgate de pelo menos 80% do valor contribuído corrigido, conforme demonstrado; e 3) as que restrinjam direitos do consumidor/Autor em relação à interpretação de cláusula ou lei mais benéfica ao mesmo"*, além de *"oportunidade de cálculos de liquidação, mediante Sentença expressa em relação aos índices e valores, fornecidos pelo Requerente"* (p. 11-2).

Os pedidos iniciais foram julgados improcedentes pelos seguintes fundamentos:

> *A requerente pretende obter a declaração de nulidade das cláusulas posteriores ao contrato inicial e as que diminuam ou restrinjam o direito ao recebimento de valores de resgate de reservas pactuadas, proporcionalmente aos valores contribuídos, as que não permitam resgate de pelo menos 80% do valor contribuído e as que restrinjam direitos do consumidor em relação à interpretação de cláusula ou lei mais benéfica, bem como a devolução integral dos valores contribuídos ao plano.*
>
> *A requerida opõe-se às pretensões e sustenta que o requerente subscreveu o Contrato de Plano de Pecúlio nº 1496785 estruturado em regime de capitalização que agregava benefícios complementares, pensão por invalidez total e permanente e opção pelo recebimento de pensão em vida (aposentadoria) integral após 25 anos de contribuição consecutivas e ininterruptas ou em valor fracionário e proporcional a partir de 10 anos de contribuições; o requerente aceitou a migração do plano de pecúlio e pensão inicial para o Plano Pecúlio I e subscreveu o Contrato nº 60418000 no dia 30.06.1991; a migração para o Plano Pecúlio I foi feita em duas operações simultâneas com a contratação de um plano estruturado em regime de repartição simples isento de carência e o saldamento do plano de origem; o artigo 16 do regulamento dispõe que a opção pelo saldamento implica na renúncia do participante a quaisquer dos benefícios previstos, sendo devido o pecúlio saldado que é o capital a ser pago de uma só vez aos beneficiários indicados, isentando o cliente da contribuição mensal; o valor do pecúlio saldado é de R$ 2.637,51 mas não pode ser resgatado conforme disposto no regulamento; houve migração para o Plano Melhor através do Contrato nº 12002390446 celebrado no dia 25.05.1993 que contempla os beneficiários em caso de óbito do participante; não há direito de resgate ou devolução das contribuições pagas; as informações solicitadas pelo requerente foram atendidas; não tem o dever de restituir as contribuições que o requerente pagou, uma vez que os beneficiários do plano estiveram cobertos com o pagamento dos benefícios para a hipótese de óbito dele nesse período; e que a restituição das parcelas pagas importará no enriquecimento sem causa do requerente, pois o segurado esteve coberto durante o período contratual.*

Pois bem. É fato incontroverso a existência do plano de pecúlio e pensões celebrado entre as partes.

O pedido de restituição de valores pagos relativos ao plano contratado não merece acolhimento, uma vez que tal contrato possui natureza aleatória e securitária, tendo como finalidade principal a cobertura do evento morte, suportando a seguradora o risco de ter que indenizar os beneficiários. Colha-se, a propósito, o seguinte precedente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça plenamente aplicável ao caso em exame:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO-PECÚLIO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES VERTIDOS A TÍTULO DE PECÚLIO POR MORTE. INADMISSIBILIDADE.

(...)

2. A Segunda Seção deste Tribunal decidiu ser indevida a restituição dos valores vertidos pelo contratante a título de pecúlio por invalidez ou morte, como no caso, em vista de ter a instituição responsável suportado o risco durante a vigência do contrato.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento."

Em voto proferido no julgamento do REsp 573.761- GO, o Min. Castro Filho esclarece com propriedade a questão como se observa do seguinte trecho:

"(...) há que se fazer uma distinção entre o contrato de seguro e o de previdência privada. Enquanto neste parte-se da premissa de que efetivamente ocorrerá o fato convencionado, seja o implemento de certa idade ou a passagem de certo prazo, naquele o dever de indenizar por parte da seguradora incide a partir da eventual ocorrência do sinistro. Estabelece-se, pois, no contrato de seguro, uma condição; já no contrato de previdência privada, um termo.

Em verdade, o plano de pecúlio tem por escopo garantir a tranquilidade pessoal e familiar dos associados, fazendo com que esses não se vejam desamparados diante de situações que, a despeito de serem indesejadas e imprevisíveis, fazem parte das agruras da vida. Assim é que, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado transfere para o segurador o risco pela ocorrência do sinistro.

É o que se verifica na hipótese em apreço, na qual, durante o período de pagamento, os segurados estiveram garantidos em relação aos riscos futuros, aleatórios, assumidos pelo segurador, o qual se veria obrigado a efetuar o pagamento do pecúlio por morte ou invalidez destes. E, embora este não tenha ocorrido, nem por isso deixaram os associados de usufruir da prestação do serviço na vigência do contrato, que é, por natureza, oneroso. E o prêmio foi a contraprestação por essa transferência de responsabilidade. Entender de outro modo importaria rompimento do equilíbrio contratual, já que teríamos a extensão do benefício da apólice na constância do contrato, sem a existência da correspondente contraprestação."

Como se vê, a própria natureza do contrato firmado entre as partes deixa evidente que não há falar em nulidade e ilegalidade das cláusulas contratuais e, como consequência, inexiste direito ao requerente de restituição dos valores pagos.

No que se referem às alterações contratuais, a elas o requerente anuiu, como se observa nos documentos de f. 161-7, e não demonstrou a existência de qualquer vício que as invalidem, ônus que lhe cabia por força do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

> *Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo improcedentes os pedidos formulados na inicial. O requerente arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 5.000,00 em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Conflito dirimido com resolução de mérito com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.*

Em seu recurso, o apelante não impugna especificamente os fundamentos da sentença, limitando-se a remeter o órgão julgador aos argumentos da petição inicial e da impugnação à contestação, de sorte que, a rigor, não respeitou o princípio da dialeticidade, positivado no artigo 514, II, do Código de Processo Civil.

Ainda, porém, que se considere superado esse óbice preliminar, a pretensão recursal não merece provimento, porquanto a sentença foi proferida consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Estadual a respeito da questão.

No caso concreto, tem-se que a relação estabelecida nos contratos de previdência privada é caracterizada como de consumo, motivo por que incidem as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, entre as quais a artigo 6º, inciso III, da Lei Consumerista, que atribui ao consumidor direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, *in verbis*:

> ***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;*
>
> *A seu turno, o artigo 51, IV, do referido diploma legal estabelece que:*
>
> ***Art. 51.*** *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...)*
>
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

Assim, quando ocorre migração de plano, as entidades previdenciárias devem dar ciência ao associado das consequências do novo pacto, sob pena de ferir o disposto nos artigos 46 e 54, § 4º, do CDC, a saber:

> ***"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. 54.*** *(...)*
>
> *(...)*
>
> ***§ 4º*** *As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."*

Desse modo, o consumidor só está vinculado às disposições contratuais das quais teve prévio conhecimento, devendo o fornecedor, ainda, destacar as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos.

Pois bem.

Infere-se dos autos que as partes contratantes mantiveram, ao longo do tempo, relações jurídicas por meio dos seguintes contratos:

CONTRATO	PLANO	VIGÊNCIA	STATUS ATUAL
1496785	Pecúlio (f. 161-2)	09/1978	Migrou para o Pecúlio I
1496785	Pensão (f. 161-2)	09/1978	Migrou para o Pecúlio I
60410800	Pecúlio I (f. 163)	08/1991	Migrou para o Plano Melhor
12002390446	Plano Melhor (f. 165)	05/1993	Plano Melhor

Em cada migração, o autor/apelante teve prévio conhecimento acerca das condições de cláusulas do regulamento das novas pactuações, como se verifica nos documentos de f. 163 e 164, nos quais ele declara que recebeu o documento intitulado "Seus direitos e obrigações", contendo material explicativo e o regulamento.

Assim, ao contrário do que afirma o autor/apelante, não restou demonstrado, no curso do processo, nenhuma omissão da ré/apelada quanto ao dever de informação atinente aos ajustes entabulados entre as partes.

Por outro lado, tampouco existe qualquer demonstração que as migrações para o "Pecúlio I" e o "Plano Melhor", realizadas em 1991 e 1993, tenham sido realizadas de forma abusiva ou com prejuízos para a parte aderente, mormente quando se tem em conta que o autor só resolveu buscar seus direitos após 18 (dezoito) anos da celebração do último aditivo ao contrato primitivo.

Ainda que assim não fosse, o autor/apelante não conseguiu comprovar qualquer vício de vontade na celebração dos novos contratos, cujos termos são claros e de fácil compreensão por qualquer pessoa com alguma instrução, mais ainda um militar de carreira, Oficial da Força Aérea Brasileira.

Assim sendo, a falta de prova sobre o suposto vício de vontade no momento das contratações afasta a hipótese de invalidade dos contratos, sendo certo que as cláusulas expressas sobre o objeto do contrato, que permitem ao autor a prévia e adequada informação sobre a prestação de serviço, afastam a alegada ausência de boa-fé objetiva da ré no momento da contratação.

Noutra vertente, há que se fazer a distinção entre os conceitos de pecúlio e pensão. O Regulamento do Sistema de Assistência aos Sócios e Seus Beneficiários (RSASB) da entidade demandada assim estabelece (f. 180):

> ***"Art. 7º*** *- Pecúlios são importâncias legadas pelos sócios a beneficiários de sua livre indicação, para serem pagas, com máxima presteza, de uma só vez.*
>
> ***Parágrafo único*** *- É facultado ao sócio em vida ou, após o óbito deste, a seus beneficiários, transformar o pecúlio em pensão montepio.*
>
> ***Art. 8º*** *- Pensões são importâncias pagas mensalmente:*
>
> *a) aos beneficiários livremente indicados pelos sócios em virtude de sua morte (pensão de montepio);*
>
> *b) ao próprio sócio, após 25 anos de contribuição consecutiva e ininterrupta, para o valor integral ou mais de 10 anos para o valor fracionário previsto na respectiva tabela (pensão de aposentadoria) mediante opção;*

c) ao próprio sócio, quando invalidado total ou permanentemente em consequência de acidente (pensão de invalidez).”

Portanto, o pecúlio é uma quantia a ser paga aos beneficiários em virtude da ocorrência de certos eventos previstos em contrato, por exemplo, a morte do contratante. Equivale a um seguro de vida. Neste, o período de vigência é anual, e se paga em algumas prestações, devendo ser renovado anualmente. No pecúlio, é um contrato de longo prazo, que não precisa ser renovado todo ano, basta o pagamento e o sócio está deixando uma quantia para garantir as pessoas que indicar, em caso de sua morte.

Entretanto, não se deve confundir plano de pecúlio com plano de previdência privada. Neste, quando da rescisão prematura do contrato, o beneficiário faz jus à restituição dos valores pagos visto que não usufruiu de qualquer contraprestação, qual seja, o benefício previdenciário contratado. Já o pecúlio, tal qual é o objeto de discussão, não possui a mesma finalidade.

Em verdade, o plano de pecúlio tem por escopo garantir a tranquilidade pessoal e familiar dos associados, fazendo com que esses não se vejam desamparados diante de situações que, a despeito de serem indesejadas e imprevisíveis, fazem parte das agruras da vida. Assim é que, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado transfere para o segurador o risco pela ocorrência do sinistro.

É o que se verifica na hipótese em apreço, na qual, durante o período de pagamento, o segurado esteve garantido em relação aos riscos futuros, aleatórios, assumidos pelo segurador, o qual se veria obrigado a efetuar o pagamento do pecúlio por morte do contratante.

E, embora o óbito não tenha ocorrido, nem por isso deixou a associada de usufruir da prestação do serviço na vigência do contrato, que é, por natureza, oneroso. E o prêmio foi a contraprestação por essa transferência de responsabilidade. Entender de outro modo importaria rompimento do equilíbrio contratual, já que teríamos a extensão do benefício da apólice na constância do contrato, sem a existência da correspondente contraprestação.

Ainda que o autor/apelante tenha optado pela pensão durante a vigência do primeiro Plano (período de 1978 a 1991), dela se afastou explicitamente quando celebrou o “Saldamento de Plano de Pecúlio e/ou Pensão e Subscrição de Plano de Pecúlio I” n. 60410800 (p. 163) e, a partir de então, durante todo o tempo de contribuição para o Plano de Pecúlio I e o Plano Melhor, esteve coberto quanto aos riscos ali previstos, conforme dispõe o Regulamento da entidade previdenciária demandada.

Ademais, não há dúvida de que as cláusulas dos novos contratos e de seus regulamentos foram confeccionadas de forma clara e de fácil compreensão, sem linguagem complicada. O encarte contendo o regulamento também é bem explicativo.

Pode-se concluir, então, que não existe enriquecimento ilícito por parte da entidade requerida.

Vigente a contratação, implementada a condição, estando em dia os pagamentos, a demandada tem a obrigação de pagar o pecúlio ou pensão, assim imposta a relação jurídica: de um lado, o prêmio mensal (de inteira responsabilidade do associado), de outro, o valor da cobertura (pagável administrativamente pela CAPEMI nos casos pactuados).

Enfim, realmente não se mostra possível a devolução das mensalidades, pois, além de estar em desacordo com as regras do próprio plano, vai de encontro ao mutualismo do contrato celebrado entre as partes. E, ainda que aplicáveis as disposições consumeristas, não é devida a restituição, não sendo abusivas as cláusulas contratuais frente ao mutualismo caracterizador do plano entabulado, em que, frise-se, o pagamento da contribuição é a garantia do próprio sistema.

Esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça ao entender o contrato de pecúlio como aleatório:

> *"A desfiliação do associado não implica a devolução dos valores por ele pagos a título de pecúlio por invalidez ou morte – tudo porque, enquanto subsistiu a relação, a instituição previdenciária correu o risco, como é próprio dos contratos aleatórios.* (AgRg no REsp 617.152/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.08.2005, DJ 19.09.2005, p. 319)
>
> *Idêntico entendimento foi expresso pelo Des. Rêmolo Letteriello, no julgamento da Apelação Cível n. 2009.014452-9 por esta Egrégia 4ª Câmara Cível, o qual adotei na íntegra para este voto.*
>
> *Aludido julgamento restou com a seguinte ementa:*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS EM PLANO DE PECÚLIO E PENSÃO POR MORTE – PRESCRIÇÃO – VINTENÁRIA – OCORRÊNCIA PARCIAL – CELEBRAÇÃO DE NOVO CONTRATO DENOMINADO "PLANO MELHOR" – INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS DE VONTADE QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – PLANO DE PECÚLIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM PREVIDÊNCIA PRIVADA – PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES EM FACE DA EXCLUSÃO DO REQUERENTE POR FALTA DE PAGAMENTO – DESCABIMENTO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *Segurada que contribuiu durante longos anos para obtenção de pensão e pecúlio. Realização de novação dos contratos, passando a contribuir apenas para a formação de pecúlio. Devolução que se nega, ante o mutualismo da avença, pois a segurada, assim como os demais integrantes do grupo, estava protegida do risco, além disso, não provou qualquer vício na contratação que de ensejo ao pedido.*
>
> (TJMS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.014452-9/0000-00 - Campo Grande. Quarta Turma Cível. Relator Des. Rêmolo Letteriello. Julg. em 1º.9.2009.)
>
> *No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado:*
>
> *CONTRATO DE SEGURO – RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO ALEATÓRIO – COBERTURA DO RISCO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Tendo em vista a própria natureza do contrato de seguro de vida ou de acidente de que resulte invalidez, as contribuições pagas não são passíveis de devolução, uma vez que os riscos contratados ficaram cobertos pela seguradora durante a vigência do contrato.*
>
> *As contribuições são devidas independentemente da concretização do risco, aplicando-se à espécie o art. 1.432 do Código Civil de 1916 e 762 do CC de 2002.*
>
> *A obrigação da seguradora é condicional, dependente de evento futuro e incerto. A do segurado é certa, correspondente ao dever de efetuar o pagamento do prêmio ao longo do tempo em que o contrato vigorar.*
>
> *Do cumprimento dessa obrigação depende o seu direito de exigir do segurador o pagamento da quantia estipulada, caso se verifique o acontecimento a que se subordina a obrigação deste, de sorte que se o risco esteve segurado não há direito à devolução do quantum correspondente ao prêmio pago mensalmente pelo segurado, pelo fato de que a condição não se realizou."*

(TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 0117767-47.2003.8.12.0001 [antigo n. 2005.000112-4/0000-00] - Campo Grande. Quinta Turma Cível. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julg. em 11.9.2008.)

Idêntica solução foi dada pela Quinta Turma Cível à Apelação Cível n. 0014531-16.2002.8.12.0001 (antigo n. 2004.014649-4/0000-00, julg. em 2.10.2008), também relatada pelo eminente Des. Dorival Renato Pavan.

Portanto, tendo-se em conta que, se o autor/apelante contratou com a ré/apelada, primeiramente, aposentadoria e pensão por invalidez em caso de acidente e, depois, pecúlio por morte, que seria pago aos beneficiários por ele indicados no caso de se consumar o evento previsto, não tem ele direito à devolução das quantias pagas porque ao longo de todo esse período em que os eventos segurados não ocorreram, ao passo que, se tivessem ocorrido, certamente que a seguradora teria efetuado o pagamento do prêmio respectivo, na forma contratada.

Em face do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, ficando a sentença integralmente mantida.

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, MS, 01 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0903362-89.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – AUTARQUIA – PROPRIEDADE QUE SERVE ÀS SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Servindo a propriedade imobiliária às finalidades essenciais da autarquia executada, esta se encontra imune à incidência de quaisquer impostos.

Recai sobre o Município o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangidos pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Município de Campo Grande, qualificado na Ação de Execução Fiscal, que move em face de CDHU – Companhia Desenvolvimento Habitacional Urbano de Mato Grosso do Sul, interpõe Apelação Cível contra a sentença que decretou a extinção do feito, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir, em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo que embasa a ação.

Alega, em síntese, que a apelada não tem direito à imunidade tributária, uma vez que essa prerrogativa está condicionada à comprovação de que o bem esteja vinculado às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Prequestiona o art. 204 co Código Tributário Nacional, art. 3º da Lei de Execução Fiscal e do art. 150, inciso VI, alínea "a", § 2º da Constituição Federal.

Requer o provimento do apelo para tornar sem efeito a sentença, com intuito de dar prosseguimento à execução fiscal.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Trata-se de recurso de apelação cível interposto, pelo Município em face da apelada, contra a sentença que decretou a extinção do feito, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir, em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo que embasa a ação.

O Município ingressou com essa ação pretendendo o recebimento da Contribuição de Melhorias sobre imóveis de propriedade da Companhia Desenvolvimento Habitacional Urbano de Mato Grosso do Sul (CDHU).

Ao receber a inicial, a magistrada singular extinguiu o feito sob o fundamento de que, a partir da vigência da Lei Estadual n. 2.856/2004, todos os imóveis que pertenciam à CDHU, inclusive aquele sobre o qual recaiu o tributo ora cobrado, passaram ao patrimônio da AGEHAB.

Ressaltou, ainda, que a AGEHAB é pessoa jurídica com personalidade de direito público, integrante da administração indireta do Poder Executivo Estadual, abrangida, portanto, pelo disposto no art. 150, VI, "a" c/c §2º da Constituição Federal, que tratam da imunidade recíproca e que, servindo a propriedade imobiliária para às finalidades essenciais da autarquia executada, ela se encontra imune da incidência de quaisquer impostos sobre essa propriedade.

Por entender, então, que a CDA que embasa a presente execução é nula de pleno direito, já que representa obrigação tributária inexistente, extinguiu o feito sem resolução de mérito.

Decisão que ora se recorre.

Conforme esclarecido pela magistrada singular, a CDHU, que tinha natureza de empresa pública estadual, foi extinta por meio da Lei Estadual nº. 2.152/2000, que, em seu art. 83, V, "c", determinou a incorporação de suas funções à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (AGESUL).

Posteriormente, a Lei Estadual n. 2.856/2004 autorizou a incorporação ao patrimônio da Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul (AGEHAB) dos bens imóveis destinados a fins habitacionais, adquiridos pela AGESUL, seja originariamente, seja por sucessão da CDHU.

Ou seja, a partir da vigência da Lei Estadual 2.856/2004, todos os imóveis que pertenciam à CDHU, inclusive sobre o qual recai o tributo cobrado, passaram ao patrimônio da AGEHAB que, por sua vez, de acordo com a Lei Estadual n. 2.575/2002, é autarquia integrante da administração indireta do Poder Executivo, dotada de personalidade jurídica de direito público.

Com isso, é induvidoso que, na qualidade de entidade autárquica, passou a ser abrangida pelo art. 150, VI, "a" c/c § 2º da Constituição, ou seja, pela imunidade tributária, conforme segue:

> *"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."*

Ademais, o entendimento do Superior de Justiça é no sentido de que o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangidos pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição recai sobre o Município, o que não ocorreu in casu. A propósito:

> *"TRIBUTÁRIO. IPTU. PATRIMÔNIO AUTÁRQUICO. IMUNIDADE. ART. 150, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÔNUS PROBATÓRIO. 1.O STJ firmou o entendimento de que o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangido pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição recai sobre o Município. 2. Agravo Regimental não provido."* (AgRg no Ag 1.190.540/RJ, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, Dje 18/12/2009)

> *"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMUNIDADE – FATO IMPEDITIVO - ART. 331, IV, DO CPC - ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO REFLEXA. 1. Presunção juris tantum quanto à imunidade da autarquia municipal, por força da própria sistemática legal (art. 334, IV, do CPC), de forma que caberia ao Município, mesmo em sede de embargos à execução, apresentar prova de fato impeditivo em relação a esse favor constitucional (art. 333, I, do CPC), através da comprovação de que os serviços prestados pelo ente administrativo ou seu patrimônio estão desvinculados dos objetivos institucionais. 2. Violação reflexa a dispositivos federais não ensejam a interposição de recurso especial - precedentes. 3. Recurso especial improvido."* (REsp 320.948/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2003, DJ 02/06/2003 p. 244)

> *"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL - COBRANÇA DO IPTU - PROPRIEDADE DA AUTARQUIA. 1. É a Autarquia imune ao IPTU incidente sobre imóvel de sua propriedade, imunidade que não cessa em caso de aluguel. 2. Ônus de informar ao Fisco que não deve ser suportado pela Autarquia, bem assim a prova da imunidade. 3. Recurso especial improvido."* (REsp 285.799/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 06/05/2002 p. 270)

Também não merece guarida a alegação de que não restou demonstrado nos autos que o patrimônio da extinta CDHU já foi transferido à entidade autárquica, uma vez que, conforme já analisado, a Lei Estadual n. 2.856/2004, alterando o art. 3º, § 1º, da Lei Estadual 2.575/2002 (que criou a AGEHAB), autorizou a incorporação ao patrimônio da Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul – AGEHAB, dos bens imóveis destinados a fins habitacionais, adquiridos pela Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL, originariamente ou por sucessão da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de Mato Grosso do Sul – CDHU.

Desse modo, não prospera a alegação da parte apelante de que a autarquia não goza da imunidade tributária em questão, devendo ser mantida a decisão de primeiro grau por suas próprias razões.

Prequestionamento

Por fim, registro que, encontrado nos fundamentos antes declinados, os motivos de convencimento necessários para solucionar o conflito, torna-se desnecessário fazer expressa referência aos dispositivos legais mencionados pelo recorrente, a título de prequestionamento, os quais não restaram ofendidos.

Dispositivo

Ante o exposto, 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. Dorival Renato Pavan

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

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

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4008589-49.2013.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – USUCAPIÃO ORDINÁRIO – SUBSTITUIÇÃO DA PLANTA DESCRITIVA DO IMÓVEL POR CROQUI – POSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A CORRETA IDENTIFICAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DO IMÓVEL USUCAPIENDO – RECURSO PROVIDO.

I – É possível a substituição da exigência de juntada de memorial descritivo do imóvel pela apresentação de croqui, desde que haja nos autos elementos suficientes para a correta identificação e individualização do imóvel usucapiendo.

II – Na espécie, os documentos acostados aos autos, pelos agravantes, consistentes na matricula do imóvel, no Projeto Arquitetônico, assinado por arquiteto com anotação de responsabilidade técnica - ART, no croqui fornecido pela Prefeitura, e também nas fotos acostadas às f. 77-78, são suficientes para individualizar o imóvel usucapiendo.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

Des. Josué de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Alessandra Alves da Silva e Agmar Alves da Silva, qualificados na Ação de Usucapião Ordinário,[1] que movem em face Edgar Fernandes de Deus e Josefa Maria da Silva, interpõe agravo de instrumento contra a decisão que determinou que fosse cumprido o item 7 da cota ministerial de fls. 167-169, onde o Ministério Público Estadual requereu que fosse juntado aos autos memorial descritivo, contendo as medidas perimetrais, conformações e área, acompanhada da devida anotação de responsabilidade técnica (ART).

Alegam, em resumo, que: **a)** o imóvel que pretendem usucapir está devidamente individualizado nos autos, mediante a matrícula do bem e croqui – ou fixa planta – fornecida pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas; **b)** descreveram os limites e as confrontações do imóvel, com a indicação de seus confrontantes, satisfazendo todos os requisitos necessários para a propositura da ação de usucapião; **c)** é prescindível a juntada de planta do imóvel e do memorial descritivo assinado por profissional habilitado com ART, podendo estes documentos ser substituídos croqui, já que há elementos suficientes nos autos para a correta

1 Proc. nº 0007918-70.2009.8.12.0021.

identificação do imóvel que se pretende usucapir; **d)** caso o magistrado entenda pela necessidade de produção de tal elemento de prova, deve inseri-la no âmbito da prova técnica, a ser oportunamente produzida às expensas do Poder Público.

Requerem o recebimento e provimento do recurso, para que seja cassada a parte da decisão que determinou a juntada aos autos de memorial descritivo, contendo as medidas perimetrais, conformações e área, acompanhada da devida anotação de responsabilidade técnica (ART).

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

O Juiz prestou informações às págs. 239-240 TJ-MS, sem se retratar da decisão recorrida.

Os agravados não apresentaram contrarrazões ao recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer, em que opinou pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator).

Colhe-se dos autos que os agravantes, em 23 de setembro de 2009, ajuizaram Ação de Usucapião Ordinário em face dos agravados, requerendo a declaração de domínio sobre o imóvel usucapiendo, denominado partes dos lotes de terrenos sob número 06 e 07, da quadra 95, da quarta zona urbana desta cidade, correspondente a partes de ausência os lotes número 21 e 22, retalhamento da mencionada quadra, com área total de 225 mt^2 (pág. 09-14 TJ-MS).

A fim de comprovar o preenchimento dos requisitos para a concessão de usucapião, os agravantes juntaram, com a inicial da ação, matrícula do bem e croqui – ou fixa planta – fornecida pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas (Págs. 64-73 TJ-MS).

Contudo, o Juiz da causa, em 30 de julho de 2013, determinou que fosse cumprido o item 7 da cota ministerial de fls. 167-169 (págs. 174-176 TJ-MS), onde o Ministério Público Estadual requereu que fosse juntado aos autos memorial descritivo, contendo as medidas perimetrais, conformações e área, acompanhada da devida anotação de responsabilidade técnica (ART) (pág. 226 TJ-MS).

Desta decisão é que se agrava.

Analisando mais detidamente a situação dos recorrentes, convenci-me da necessidade de reformar a decisão impugnada.

Observo que os documentos exigidos pelo Juiz singular (memorial descritivo, contendo as medidas perimetrais, conformações e área, acompanhada da devida anotação de responsabilidade técnica – ART) não são necessários ao presente feito, mormente porque a documentação juntada pelos agravantes é suficiente para individualizar o imóvel usucapiendo.

Nesse sentido é o bem lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às págs. 249-255, o qual adoto como razão de decidir o presente recurso de agravo de instrumento, *in verbis*:

> *"(...) a documentação acostada aos autos é suficiente para individualizar o imóvel com todos os elementos requeridos pelo órgão ministerial que atua em primeiro grau.*

A exemplo disso cita-se a Matrícula do imóvel (f. 64), na qual se observa os limites, a área total, a metragem, a localização exata, bem como toda a cadeia dominial do imóvel usucapiendo.

Além disso, o Projeto Arquitetônico acostado às f. 66-73 assinado por arquiteto com anotação de responsabilidade técnica - ART, o croqui (f. 214), e também as fotos acostadas às f. 77-78 dão todos os detalhes da edificação contida no local, bem como ratifica os dados constantes da Matrícula do imóvel.

Com efeito, a ausência de memorial descritivo da forma como requereu o órgão ministerial de primeiro grau é suprido pelo o Projeto Arquitetônico de f. 66-73 que está devidamente assinado por arquiteto com anotação de responsabilidade técnica – ART.

Ademais por serem os autores beneficiários da justiça gratuita, eles não podem arcar com as despesas da produção da prova determinada pelo juízo a quo *sem comprometerem seu sustento e de suas famílias.*

Sobre o assunto, a jurisprudência pátria é pacífica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. PLANTA ATUALIZADA DO IMÓVEL USUCAPIENDO ASSINADA POR PROFISSIONAL HABILITADO. DESNECESSIDADE, NO CASO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. Diante da comprovação de que o autor já cumpriu com o determinado no artigo 942 do código de processo civil, acostando aos autos planta e matrícula do imóvel usucapiendo, de se ter por desnecessária a determinação de juntada de nova planta assinada por profissional habilitado, até porque a Lei não prevê tal exigência. Decisão agravada reformada. Agravo provido. Unânime. (TJRS; AI 243916-42.2013.8.21.7000; Capão da Canoa; Décima Sétima Câmara Cível; Relª Desª Liege Puricelli Pires; Julg. 12/09/2013; DJERS 24/09/2013)

USUCAPIÃO ESPECIAL. Decisão que determinou a apresentação, pelo agravante, beneficiário da assistência judiciária, de planta e memorial descritivo, bem como certidão do Cartório de Registro de Imóveis local, com base no indicador real e pessoal para a retificação do valor dado à causa. Possibilidade de requisição, pelo Juízo, da certidão do registro imobiliário. Quanto à apresentação de planta e memorial descritivo do imóvel, bastante o fornecimento de croqui, o que ora se determina. Decisão parcialmente reformada. Agravo parcialmente provido. (TJSP; AI 0099724-26.2013.8.26.0000; Ac. 6834785; São José dos Campos; Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Pedro de Alcântara; Julg. 26/06/2013; DJESP 16/07/2013)

Não destoa o entendimento desse Egrégio Tribunal de Justiça:

USUCAPIÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DA PLANTA. SUBSTITUIÇÃO POR CROQUI. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

Possível a substituição da exigência de juntada de planta do imóvel pela apresentação de croqui, desde que haja nos autos elementos suficientes para a correta identificação e individualização do imóvel usucapiendo. (TJMS; APL 0045353-36.2012.8.12.0001; Campo Grande; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; DJMS 16/07/2013; Pág. 30).

Por fim, ressalta-se que no caso de o magistrado considerar ser necessário a produção de novos documentos, como o memorial descritivo, poderá requisitar tal prova,cabendo consignar, entretanto, que os documentos colhidos nos autos dão conta de individualizar suficientemente o imóvel usucapiendo."

Assim, como bem expôs o parecer mencionado, tanto a doutrina como a jurisprudência tem admitido a substituição do memorial descritivo por croqui, confeccionado por profissional habilitado, desde que haja nos autos outros elementos suficientes à perfeita identificação do imóvel usucapiendo.

A respeito, é o se extrai da decisão singular proferida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Felipe Salomão, a seguir:

> *"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 6.730 - MS (2011/0089366-6)*
>
> *RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO*
>
> *DECISÃO*
>
> *1. Cuida-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – SUBSTITUIÇÃO DA PLANTA DESCRITIVA DO IMÓVEL POR CROQUI – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE ASSINATURA POR ENGENHEIRO HABILITADO – INEFICÁCIA – AUSÊNCIA DE CERTIDÃO ATUALIZADA DO REGISTRO DE IMÓVEIS – INOBSERVÂNCIA AO QUE DISPÕE O ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – NÃO CONFIGURADO – JUSTIÇA GRATUITA – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, desde que o feito esteja devidamente instruído ou não se faça necessária a produção de prova testemunhal.*
>
> *Na ação de usucapião extraordinário, a planta do imóvel pode ser substituída por croqui, desde que haja nos autos elementos suficientes para a correta identificação do imóvel usucapiendo, bem como sua descrição, área e confrontações, devendo vir, ainda, devidamente assinado por engenheiro habilitado.*
>
> *Compete ao autor o ônus de provas fato constitutivo de seu direito, consistindo no presente caso na juntada de certidão atualizada de registro de imóveis e outras provas, demonstrando o exercício da posse mansa e pacífica durante todo o lapso temporal capaz de ensejar o reconhecimento da prescrição aquisitiva.*
>
> *Concedido os benefícios da justiça gratuita, a exigibilidade das custas processuais e honorários advocatícios fica suspensa pelo prazo de cinco anos, período em que havendo a mudança na situação financeira do beneficiário, deverá satisfazê-la.*
>
> *(...)*
>
> *Decido.*
>
> *2. O inconformismo não prospera.*
>
> *(...)*
>
> *Por tais razões afasto a preliminar arguida e passo a análise do mérito.*
>
> *Dispõe o artigo 942, do Código de Processo Civil:*

Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

A teor do que dispõe referido dispositivo legal, é indispensável a propositura da ação de usucapião a juntada de planta do imóvel, todavia, ***tanto a jurisprudência quanto a doutrina estão admitindo sua substituição por croqui, de modo que para que este tenha validade deve conter todos os elementos necessários à individualização do imóvel****, artigo 176, §1º, II, 3 c/c artigo 225, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.*

(...)

Nesse sentido ensina Antônio Carlos Marcato:

Deverá o usucapiente identificar rigorosamente o imóvel objeto do usucapião, sua dimensão, exata localização, confrontações, juntando inclusive, a planta do imóvel, conforme exigido pelo art. 942, que deverá se elaborada e assinada por profissional devidamente habilitado para tal. ***Será possível, entretanto, em alguns casos na esteira do entendimento que vem prevalecendo na Jurisprudência, sua substituição por croqui.***

(...)

Ainda como requisito à propositura da demanda era necessário que o requerente instruísse a inicial com Certidão Atualizada do Registro de Imóveis, a fim de dar conhecimento da situação atual do imóvel.

(...)

5. Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de abril de 2013.

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator (Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 22/04/2013)" Destaquei.

Portanto, considerando que os documentos acostados aos autos, pelos agravantes, consistentes na matricula do imóvel, no Projeto Arquitetônico, assinado por arquiteto com anotação de responsabilidade técnica - ART, no croqui fornecido pela Prefeitura, e também nas fotos acostadas às f. 77-78, são suficiente para individualizar o imóvel usucapiendo, não há razão para se exigir, pelo menos no presente momento, o memorial descritivo do imóvel em discussão.

Dispositivo

Pelas razões expostas, conheço do recurso e, de acordo com o parecer, dou-lhe provimento, para cassar a decisão que determinou que os agravantes juntassem aos autos memorial descritivo, contendo as medidas perimetrais, conformações e área usucapienda, acompanhada da devida anotação de responsabilidade técnica (ART), por reconhecer que os documentos existentes nos autos são, até prova em contrário, suficiente para individualizar o imóvel usucapiendo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DERAM 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. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0029949-81.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – FURTO DE VEÍCULO NO ESTACIONAMENTO DE UNIVERSIDADE PARTICULAR – RESPONSABILIDADE CIVIL – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de outubro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

MSMT - Universidade Católica Dom Bosco e Marcelo Desiderio Moraes interpõem apelações cíveis em face da sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais formulado pelo segundo apelante, em virtude do roubo de seu veículo no estacionamento da universidade recorrente.

MSMT - Universidade Católica Dom Bosco defende que não pode ser responsabilizada pelos danos sofridos pelo recorrido/autor, visto que não atua na administração do estacionamento da universidade.

Afirma que os fatos ocorridos nas dependências do estacionamento da faculdade são de responsabilidade da locatária, devendo, portanto ser determinada a denunciação da lide à empresa "Legis Ltda".

Na hipótese em que não seja excluída a responsabilidade da apelante, pugna pela minoração do valor arbitrado à título de danos morais.

Marcelo Desiderio Moraes requer a majoração do quantum indenizatório para a quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Contrarrazões do primeiro apelante às fls. 306-311.

Contrarrazões do segundo apelante às fls. 297-304, na qual suscita preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

MSMT - Universidade Católica Dom Bosco e Marcelo Desiderio Moraes interpõem apelações cíveis em face da sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais formulado pelo segundo apelante, em virtude do roubo de seu veículo no estacionamento da universidade recorrente.

Preliminar suscita nas contrarrazões de Marcelo Desisderio Moraes – Ofensa ao princípio da dialeticidade.

O apelante/autor assevera a impossibilidade de conhecimento do recurso pela ausência de impugnação específica da sentença.

Referida preliminar não deve ser acolhida.

A petição do recurso da apelante/ré satisfaz as exigências do artigo 514 do Código de Processo Civil. O simples fato de ter repetido alguns dos argumentos deduzidos nos autos não impede o conhecimento da apelação cível, notadamente quando apresenta os motivos pelos quais deseja ver reformada a sentença e o seu pedido delimita o âmbito de devolutividade da irresignação. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NA CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. I 'A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença.'* (REsp 707.776/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/12/2008). (...)." (REsp 1172829/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 13/05/2011).

Por tais razões, fica rejeitada esta prefacial.

Mérito dos apelos

MSMT - Universidade Católica Dom Bosco defende que não pode ser responsabilizada pelos danos sofridos pelo recorrido/autor, visto que não atua na administração do estacionamento da universidade.

Afirma que os fatos ocorridos nas dependências do estacionamento da faculdade são de responsabilidade da locatária, devendo, portanto ser determinada a denunciação da lide à empresa "Legis Ltda".

Na hipótese em que não seja excluída a responsabilidade da apelante, pugna pela minoração do valor arbitrado à título de danos morais.

Marcelo Desiderio Moraes requer a majoração do *quantum* indenizatório para a quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Tendo em vista a identidade de alguns pedidos, os apelos serão analisados conjuntamente.

Responsabilidade da MSMT - Universidade Católica Dom Bosco.

No caso, restou incontroverso que o autor foi vítima de roubo (com emprego de arma de fogo), nas dependências do estacionamento da Universidade, tendo-lhe sido subtraídos os bens descritos na inicial e enumerados no auto de f. 36. Consta nos autos também cópia da sentença criminal condenatória (f. 40/44).

Ademais, o fato de se disponibilizar estacionamento para os acadêmicos, ainda que administrado por outra empresa, mas vinculado à Universidade, faz com que recaia sobre a ré a obrigação de garantir a integridade dos veículos e pessoas que por lá transitam. Há que se considerar, ainda, que o local faz parte do campus e confere acesso direto às dependências da Universidade.

Impende destacar, também, que não há falar nas excludentes de caso fortuito ou de força maior. Isso porque crimes como furto e roubo de veículos constituem episódios corriqueiros, sendo este, inclusive, um dos principais fatores a motivar a utilização dos estacionamentos, tornando inconcebível que o local que se proponha a depositar automóveis em segurança enquadre tais modalidades criminosas como caso fortuito.

Portanto, decorre o dever de indenizar uma vez que o estabelecimento que oferece estacionamento é responsável pelo dano causado ao veículo do cliente, no caso o estudante, a teor da súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: *"A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estabelecimento"*

O verbete foi consolidado após reiteradas decisões da mencionada Corte neste sentido, *in verbis:*

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO SOFRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. 1. O valor arbitrado a título de reparação por danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que ínfimo ou exagerado. 2. O quantum indenizatório fixado na origem (R$ 4.000,00 - quatro mil reais) escapa à razoabilidade, distanciando-se dos critérios recomendados pela jurisprudência desta Corte para hipóteses similares. 3. Majoração do valor da indenização para 50 (cinqüenta) salários mínimos para cada um dos recorrentes, em atenção às peculiaridades da espécie, à extensão dos danos e aos parâmetros jurisprudenciais da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.* (STJ. AgRg no REsp 876098 / PR. J em 21.06.2011)
>
> *EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ROUBO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO- ÔNUS DA PROVA - DANOS MATERIAIS -- Tem a responsabilidade pela indenização o shopping center em casos de furtos ocorridos em seu estacionamento, pois tem a obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro.*
>
> *Incumbe ao réu comprovar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC.*
>
> *Conhecido e Rejeitado o Agravo Retido, no Mérito Recurso Não Provido.*
>
> (TJMG.Apelação Cível Nº 1.0027.10.029056-1/001. J em 23.10.2012)

Assim, presente está o dever de indenizar.

Denunciação da lide

A denunciação da lide é vedada em todas as hipóteses de ação de regresso contempladas pelo Código de Defesa do Consumidor referentes à responsabilidade, a fim de assegurar a rápida solução do

litígio e evitar a dedução no processo de uma nova causa de pedir, geralmente com fundamento distinto da formulada pelo consumidor.

Luiz Antônio Rizzato Nunes esclarece as razões para o óbice da denunciação da lide nos processos que versam sobre relação de consumo:

> *São duas as razões para que a lei consumerista impeça a denunciação: a) para evitar o retardamento do feito; b) porque a responsabilidade do comerciante para com o consumidor é objetiva, enquanto a do comerciante para com os demais co- responsáveis é subjetiva.*
>
> *Isso traria um acréscimo e maior atraso no processamento, pois na lide secundária que se instalaria entre o comerciante-denunciante e o outro fornecedor-denunciado estar-se-ia discutindo culpa ou dolo.* (NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 785)

O Superior Tribunal de Justiça recentemente revisou o seu entendimento, estendendo a vedação à denunciação da lide prevista no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor a todas as hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo. Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO A CONSUMIDOR. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 88 DO CDC. IMPOSSIBILIDADE. 1. A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). 2. Revisão da jurisprudência desta Corte. 3. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.* (STJ: REsp 1165279/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012)

Não bastasse a vedação contida no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, não se vislumbra no caso a relação de garantia decorrente de lei ou contrato entre a litisdenunciante e a litisdenunciada. Mero e eventual direito genérico de regresso, conhecido como "garantia imprópria", não é suficiente para a intervenção de terceiros.

Nesse sentido, já se decidiu:

> *Se o denunciante intenta eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-a com exclusividade a terceiro, não há como dizer-se situada a espécie na esfera da influência do art. 70, III, do CPC, de modo a admitir-se a denunciação da lide, por isso que, em tal hipótese, não se divisa o direito de regresso decorrente de lei ou do contrato (RSTJ 53/301).*

Assim, mostra-se correta a decisão que indeferiu a denunciação da lide da empresa "Legis Ltda".

Do quantum indenizatório

Por fim, no que diz respeito ao montante indenizatório, fixado pelo julgador de piso em R$ 10.170,00, resta descabida a sua redução ou majoração, porquanto a quantia é razoável e proporcional para adequadamente reparar o dano experimentado pelo apelante/autor.

Assim, em não havendo no presente recurso qualquer argumento capaz de modificar a bem lançada sentença *a quo*, o improvimento dele é medida que se impõe.

Conclusão

À luz destas considerações, conheço dos apelos interpostos, afasto a preliminar aventada e nego-lhes provimento, mantendo integralmente o *decisum* atacado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, MS, 03 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0206903-08.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR SUPOSTA FALTA DE PROVISÃO DE FUNDOS – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DO BANCO – DANO MORAL PRESUMIDO – MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO.

Verificada a indevida devolução de cheque com anotação de falta de provisão de fundos, decorrente de má prestação de serviço do banco (pois na conta corrente do consumidor havia saldo suficiente para cobertura do referido cheque), impõe-se o dever de indenizar, independentemente da prova do efetivo dano, que no caso se constata. Mantido o valor da indenização, por reputá-lo razoável.

RECURSO ADESIVO – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* MANTIDO – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO – ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM/FGV – ÍNDICE QUE MELHOR REFLETE A INFLAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Banco do Brasil S/A e prover parcialmente o apelo de Maurício Rodrigues Camuci, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 3 de outubro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Banco do Brasil S/A interpõe recurso de apelação contra sentença que nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Maurício Rodrigues Camuci, julgou procedentes os pedidos articulados na inicial, condenando-o ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Em suas razões recursais (f. 111-125), preliminarmente afirma ser parte ilegítima nos autos, carecendo o autor de interesse de agir quanto a si.

No mérito alega que não praticou qualquer ato ilícito que ensejasse o dever de indenizar, sendo responsabilidade do apelado a provisão do saldo suficiente para compensação de cheques por ele emitidos, portanto, ausentes os elementos configuradores da responsabilidade civil.

Sustenta que os danos morais não restaram comprovados, apresentando o apelado meras alegações sem nenhum substrato probatório apto a justificar a condenação.

Diz que o valor da condenação é exorbitante, ofendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo tal valor ser reduzido, de modo a evitar o enriquecimento ilícito do apelado.

Requer o provimento do recurso para afastar a condenação em danos morais, ou, sucessivamente, a redução do valor da indenização.

Alega haver sucumbência recíproca dos honorários advocatícios, não devendo prosperar o percentual fixado em sentença.

Em recurso adesivo (f. 147-153), Maurício Rodrigues Camuci, requer a majoração do *quantum* indenizatório, em valor sugerido de R$ 30.000,00 (trinta mil reais); pondera o marco inicial dos juros de mora a partir da citação, e por fim fixar o IGPM/FGV como índice de correção monetária.

Contrarrazões às f. 135-146 e 166-182.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Colhe-se dos autos que o autor é correntista do banco réu desde outubro de 1997. Em 14 de abril de 2010, emitiu ele um cheque de n. 850275 no valor de R$ 3.797,09 (três mil setecentos e noventa e sete reais e nove centavos).

Na data da apresentação do título, possuía em conta corrente o saldo de R$ 3.137,52, o qual somado ao limite de R$ 3.100,00, totalizaria um saldo disponível de R$ 6.237,52; com a compensação do cheque, seriam utilizados R$ 659,57 do limite disponível. Ocorre que, embora houvesse recursos financeiros suficientes na conta corrente para compensação e pagamento do cheque, o banco réu procedeu à sua devolução sob o argumento de falta de fundos.

Diante dos fatos, pediu a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 37.970,00 (p. 1/10), sustentando ter sofrido abalo de ordem moral razão pela qual ingressou com a presente ação.

O juízo singular julgou procedente o pedido formulado pelo autor e condenou o banco réu ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, com correção pelo INPC do IBGE e juros de mora de 1% ao mês contados da prolação da sentença.

Inconformado com a sentença o banco-réu recorreu, alegando que não praticou qualquer ato ilícito que ensejasse o dever de indenizar, sendo responsabilidade do apelado a provisão do saldo suficiente à compensação de cheques por ele emitidos e, portanto, ausentes os elementos configuradores da responsabilidade civil.

Sustenta que os danos morais não restaram comprovados, apresentando o apelado meras alegações sem nenhum substrato probatório apto a justificar a condenação.

Diz que o valor da condenação arbitrado é exorbitante, ofendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo tal ser reduzido, de modo a evitar o enriquecimento ilícito do apelado.

Requer o provimento do recurso para afastar a condenação em danos morais ou, sucessivamente, a redução do valor da indenização.

Em recurso adesivo (f. 147-153), Maurício Rodrigues Camuci, requer a majoração do *quantum* indenizatório, em valor sugerido de R$ 30.000,00 (trinta mil reais); assim como estabelece o marco inicial dos juros de mora a partir da citação, e por fim fixar o IGPM/FGV como índice de correção monetária.

Passo à análise dos recursos.

Do recurso do banco

Inicialmente, no que tange à preliminar, arguida pelo banco, de falta de interesse de agir do apelado ante a inexistência de prática de ato ilícito, verifico que tal discussão se confunde com o próprio mérito e por isso será com ele analisado.

1.1 Do dano moral

Em se tratando de relação de consumo, é de se aplicar a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, que assumem o risco de suas atividades, conforme preceitua o art. 14, do CDC, ao determinar aos ditos fornecedores o dever de reparar os danos causados aos consumidores, em caso de defeito do serviço, quando não se comprova nenhuma das excludentes de responsabilidade do § 3º, do art. 14, do referido diploma legal.

Desse modo, uma vez que o consumidor demonstrou que a má prestação de serviços gerou-lhe danos de ordem moral, vez que exposto a constrangimentos, impõe-se o dever de indenizar.

É que, como pontuou o juízo *a quo* na sentença, a conduta do banco configura ato ilícito, vez que, agindo com negligência, recusou o pagamento de cheque emitido pelo autor por insuficiência de fundos, quando em sua conta corrente havia saldo suficiente, o que está bem evidenciado nos autos às f. 06 e 62.

Com essa atitude o banco violou direitos do apelado, causando-lhe danos, o que se subsume ao prescrito no art. 186 do Código Civil.

Note-se que a caracterização de ato ilícito independe de má-fé e persiste ainda que ocorra apenas negligência ou imprudência, como no caso dos autos, conforme ressalva o art. 186 do Código Civil.

Desta forma, restou demonstrada a subsunção do fato à norma e a prática de ato ilícito pelo apelante.

Quanto aos danos morais, o entendimento doutrinário e jurisprudencial têm se firmado no sentido de que nos danos morais *in re ipsa*, a prova da sua existência deflui dos próprios fatos. Esses são daqueles que, independente de qualquer situação específica, são capazes de produzir constrangimentos indesejáveis à vítima, de forma a abalar a sua moral.

No caso, a devolução indevida de um cheque constitui situação de dano moral presumido, vez que o constrangimento para o emitente é óbvio, independente de qualquer circunstância. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Agravo no recurso especial. Ação de compensação por danos morais.* ***Devolução indevida de cheque. Desnecessidade de prova do dano. - A devolução indevida do cheque por culpa do banco prescinde da prova do prejuízo****. Agravo no recurso especial não provido".* (STJ, AgRg no Resp 940.276/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe05/08/2008).

> *"Agravo Regimental - Agravo de Instrumento - Responsabilidade Civil - Devolução Indevida de Cheques - Entendimento obtido da Análise do conjunto fático-probatório - Reexame de provas - Impossibilidade - Aplicação da Súmula 7/STJ - Dano moral - Prova do prejuízo - Desnecessidade - Precedentes - Valor da condenação que não pode ser considerado abusivo - Recurso improvido."* (STJ, AgRg no Ag 1058148/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/10/2008).

Aliás, recentemente, a referida Corte Superior editou a Súmula 388, que preconiza que a *"simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral"*.

Assim, assentou-se o entendimento de que a devolução de cheque consiste em situação de dano *in re ipsa*, sendo presumido e, portanto, dispensável a comprovação da extensão do dano.

Outro não é o entendimento dos Tribunais pátrios:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTO INDEVIDO EM CONTRACHEQUE. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE SEM FUNDO. CARACTERIZAÇÃO DO DANO. 1. Comprovado que, se não houvesse o desconto indevido nos vencimentos do autor, não teria ocorrido a devolução de cheque seu, por insuficiência de fundos, está caracterizado o dano moral e o nexo de causalidade entre ele e o ato ilícito praticado pelo réu. 2. Para o arbitramento do valor da indenização por danos morais deve ser levado em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de se fixar uma quantia moderada, que não resulte inexpressiva para o causador do dano (R$ 5.000,00). 3. Deu-se provimento ao apelo do autor."* (TJDF; Rec 2011.02.1.004932-9; Ac. 657.601; Segunda Turma Cível; Rel. Des. Sérgio Rocha; DJDFTE 05/03/2013; Pág. 153).

> *"INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. QUANTUM DEBEATUR. COMPROVAÇÃO. CHEQUE SEM FUNDO. CORRENTISTA. FALHA NO SERVIÇO. ENTIDADE BANCÁRIA Responsabilidade objetiva. Em se tratando de responsabilidade contratual, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, para o dever de indenizar, basta se comprovar a falha no serviço e o dano dele decorrente, não havendo que se cogitar de culpa, a teor das orientações constantes do artigo 14, do CDC.* ***A simples devolução indevida, por insuficiência de fundos, de cheque, por si só, já é suficiente para gerar o dano moral, consubstanciado no abalo de crédito e do 'bom nome' do cliente.*** *Apresentam-se como princípios norteadores para a quantificação do dano moral, o princípio da razoabilidade, e, ainda, o princípio que veda o enriquecimento ilícito, deles não podendo se divorciar o julgador."* (TJMG; APCV 5079307-91.2009.8.13.0024; Belo Horizonte; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Pereira da Silva; j. 17/01/2012; DJEMG 27/01/2012).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – REJEITADA – DÉBITO INDEVIDO EM CONTA CORRENTE – CONSEQUENTE DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR IMPROVISÃO DE FUNDOS – DANO MORAL PRESUMIDO – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – RESTITUIÇÃO PELO DOBRO DO VALOR INDEVIDAMENTE COBRADO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Evidenciando-se o binômio necessidade/utilidade, apto a caracterizar o interesse de agir, como de fato se verifica na pretensão à reparação por danos morais em decorrência da devolução indevida de cheque sem provisão de fundos, não há falar em carência de ação. 2.* ***O dano moral, quando evidente em razão da natureza do ato, independe de prova.*** *.(...)"* (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.013038-6, Rel. Exmo. Des. Sideni Soncini Pimentel, Quinta Câmara Cível, j. 24.05.2012).

Assim, reputo desnecessária qualquer prova do dano.

1.2 Do *quantum* indenizatório

Superada essa questão, cabe apreciar o pedido de redução do *quantum* indenizatório em razão dos danos morais.

Sabe-se que a tarefa de quantificar a indenização por dano moral é sobremaneira tormentosa, porquanto o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa do lesado e, ao mesmo tempo, não pode ser desprezível, a ponto de não compensar o mal causado e de não desestimular o ofensor.

Este é o posicionamento do STJ:

> *"(...) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. Configurado o dano moral resultante da indevida devolução de cheque por insuficiência de fundos, devida indenização por danos morais, a qual, todavia, deve ser feita em valor razoável, para evitar enriquecimento sem causa."* (**STJ**, AGA n. 446122/AM, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU. 24/03/2003).

> *"A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso"* (**STJ**, RESP 203.755/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, acórdão de 27/4/99).

Nesta ordem de idéias, analisadas as peculiaridades do caso e levando-se em conta os critérios mencionados para a fixação da indenização, tenho que o valor da condenação há de ser mantido, sendo oportuno consignar que tal matéria será novamente abordada mais adiante, quando da análise do recurso adesivo interposto pelo autor.

1.3 Dos honorários advocatícios e da sucumbência

Quanto aos honorários advocatícios, insurge-se o recorrente contra o montante arbitrado, qual seja, 20% sobre o valor da condenação.

Aduz que houve sucumbência recíproca, não devendo prosperar o percentual fixado.

Em regra, nos processos em que haja condenação, aplica-se o art. 20, § 3º, do CPC, que assim disciplina:

> *"Art.20...*
>
> *§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:*
>
> *a) o grau de zelo do profissional;*
>
> *b) o lugar de prestação do serviço;*
>
> *c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo para o seu serviço."*

Porém, nas causas de menor valor, que é o caso dos presentes autos, ainda que haja condenação, pode e deve o julgador aplicar o art. 20, § 4º, do CPC, sob pena de se desconfigurar o princípio da eqüidade.

O juízo *a quo,* tendo em conta que a condenação foi arbitrada em R$ 10.000,00, aplicou corretamente, e por equidade, o percentual de 20% sobre o valor da condenação a título de honorários advocatícios, com supedâneo no art. 20, § 4º, da legislação processual.

Oportuno, veja-se o precedente do STJ[1] como anota Theotônio Negrão: *"Nas* ***causas de pequeno valor,*** *os honorários podem ser fixados acima do valor atribuído a elas.*

Assim, considerando que o montante da condenação foi arbitrado por estimativa e em importe que não se mostra exorbitante, e considerando também que os honorários devem remunerar condignamente o profissional pelos serviços prestados, deve ser aplicado o art. 20, § 3º combinado com seu §4º, do CPC, por eqüidade, na forma preconizada pelo dispositivo legal em apreço e consoante orientação jurisprudencial.

Já no que diz respeito à sucumbência, não há que se falar em reciprocidade dela, visto que o simples fato de a indenização por danos morais ter sido fixada em quantia inferior à pretendida não implica em sucumbência, ainda que parcial, da parte requerente, conforme Súmula n. 326 do STJ, segundo a qual *"na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".*

1.4 do prequestionamento

Quanto ao prequestionamento, oportuno esclarecer que cabe ao julgador abordar os dispositivos legais relevantes à solução da lide, não estando obrigado a se manifestar acerca de todos os pontos indicados pela parte.

Nesse sentido, confira-se precedente do e. STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional,* ***o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia****. (...)"* (**STJ**, AgRg no Ag 991.388-RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ. 24.09.2008).

2. Do recurso adesivo interposto por Maurício

2.1 Do *quantum* indenizatório

Em outra insurgência, o autor, ora recorrente afirma que o *quantum* fixado pelo magistrado de instância singela a título de danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo, por conseguinte, ser objeto de majoração.

A irresignação não merece prosperar.

No ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, tem-se (in Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., 2ª tiragem, 2004, p. 100):

> *"(...) Por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria*

1 *in Código de Processo Civil,* 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.158.

> *uma demasia, algo até impossível exigir que a vitima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.*
>
> *Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. (...) Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti que decorre das regras de experiência comum".*

A meu ver, no caso em tela deve ser levado em consideração o desgaste causado ao consumidor, bem como a situação constrangedora que passou junto ao credor ao ter seu cheque indevidamente devolvido com anotação de falta de provisão de fundos.

Ao fixar o *quantum* indenizatório (danos morais), o critério a ser utilizado deve ser a conjugação da moderação com a razoabilidade, significa dizer, que hão de ser consideradas as condições econômicas das partes, com as peculiaridades do caso trazido à análise, de forma a não haver o enriquecimento do ofendido, servindo também como um desestímulo ao ofensor na repetição do ato causador do dano.

Com efeito, somente cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como **valor** exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

> *"CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERASA. DANO MORAL. RESSARCIMENTO. VALOR. REDUÇÃO. I. A indenização por dano moral deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que cause enriquecimento sem causa, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida. II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."* (RESP 754.806/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09.05.2006, DJ 26.06.2006 p. 166).

In casu, o apelado foi condenado ao pagamento, a título de **danos morais**, em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A professora Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos **danos morais,** expressa que:

> *"Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine".* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Saraiva, 2003).

Assim, depois de consideradas todas essas circunstâncias, vejo que o valor arbitrado na sentença deve ser mantido, entendendo como justo, razoável e adequado o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), visando atender a função pedagógica da condenação e baseando-me em julgados anteriores (Apelação Cível n. 0056836-97.2011.8.12.0001, em que fui Relator Designado).

Colaciono jurisprudências pertinentes da Corte Superior de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA CELULAR - PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS STF 282/356 - FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA EM R$ 10.000,00*

(DEZ MIL REAIS) - RAZOABILIDADE - AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – SÚMULA 7/STJ – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO" (STJ – AgRg no Ag 1263826 – DF – 2010/0002364-7 - Terceira Turma - Relator Ministro Sidnei Beneti - Dje 26.03.2010).

Em igual sentido são as decisões deste Tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - EMPRESA DE CARTÃO DE CRÉDITO QUE REALIZA COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO E INSCREVE O NOME DO AUTOR INDEVIDAMENTE NO SERASA - DANO MORAL IN RE IPSA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR QUE DEVE SER ESTABELECIDO DENTRO DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA PARA REDUZIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO* (TJMS - Processo: 2010.002559-1 - Julgamento: 16/03/2010 Órgão Julgador: 4ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Ordinário - Relator: Des. Dorival Renato Pavan - Publicação: 19/03/2010 - Nº Diário: 2158)."

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE FATURAS C/C RESCISÃO CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AGRAVO RETIDO - NULIDADE DA CITAÇÃO VIA POSTAL - PESSOA JURÍDICA - EMPREGADO E/OU PREPOSTO DA EMPRESA QUE RECEBE A CORRESPONDÊNCIA - VALIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA - AGRAVO IMPROVIDO - MÉRITO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - VALOR FIXADO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO* (TJMS - Processo: 2010.011955-1 - Julgamento: 27/05/2010 Órgão Julgador: 5ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Ordinário - Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva - Publicação: 01/06/2010 - Nº Diário: 2207)."

Por óbvio, os reflexos da condenação imposta ao banco se mostram negativos a ponto de evitar que lamentáveis condutas similares à presente voltem a ser adotadas, assim como não configura enriquecimento ilícito do autor que almejou receber valor bem mais elevado do que ora fixado.

2.2 Dos juros de mora e da correção monetária

No que concerne aos juros de mora, razão assiste ao recorrente ao postular a sua incidência a partir da citação, na forma do art. 405 do Código Civil.

Isso porque considerando-se que a partir da citação o réu é constituído em mora, resta evidente que a partir daquele momento é que devem ser contados os juros decorrentes da inércia da parte requerida.

Assim, merece guarida a pretensão recursal, para aplicar os juros de 1% ao mês desde a data da citação.

Quanto à correção monetária, o índice a ser aplicado deve ser o IGPM/FGV por ser o que melhor reflete a inflação.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a questão, no seguintes termos: *"Admite-se válida a aplicação do IGPM, levantada pela Fundação Getúlio Vargas, como índice para correção dos débitos judiciais"* (RESP 89595-RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJ. 14.10.1996).

Sobre os juros moratórios e correção monetária, este Sodalício assim se posiciona, *in verbis:*

> *"E M E N T A - APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA*

DE AMBAS AS EMPRESAS - AFASTADA - INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOÁVEL - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - FIXAÇÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS. Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelas apelantes, pois a responsabilidade é solidária, tendo em vista que o dano causado ao autor adveio de desrespeito às normas de proteção dos direitos dos consumidores da empresa cedente, e ainda, da falta de cautela da empresa cessionária ao incluir o nome do autor nos cadastros de restrições de crédito, como inadimplente, por uma dívida que sequer contraiu. A inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos restritivos de crédito, por si só, gera abalo moral. Precedentes. Deve ser mantido o quantum indenizatório quando o valor apurado guardar correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica das partes. ***Os juros de mora incidem da citação, enquanto a correção monetária se dá a partir do arbitramento dos danos morais, em conformidade com a Súmula 362 do STJ.*** *Mantém-se o percentual dos honorários advocatícios arbitrados em primeiro grau, eis que levou em consideração o zelo profissional e o tempo despendido para a execução do trabalho."* (Apelação - Nº 0051862-85.2009.8.12.0001 - Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. J. 22.11.2012)

"(...) Não há justificativa para substituir o IGP-M/FGV, conforme determinado na sentença, pelo IPC-INPC, já que aquele se trata de índice utilizado pelo próprio Poder Público e desfruta de idoneidade e credibilidade, cuja variação reflete, com segurança, a inflação do período. (...)" (Apelação Cível - Sumário - N. 2005.004120-7/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan. J. 18.09.2008)

Portanto, o valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente pelo índice IGPM/FGV desde a data do arbitramento e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A, mas nego-lhe provimento e conheço do recurso adesivo interposto por Maurício Rodrigues Camuci e dou-lhe parcial provimento para o fim de determinar que os juros de mora de 1% ao mês incidam desde a data da citação e que a correção monetária seja calculada utilizando-se o índice IGPM/FGV.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE BANCO DO BRASIL S/A E PROVERAM PARCIALMENTE O APELO DE MAURÍCIO RODRIGUES CAMUCI, 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, MS, 03 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0802083-08.2012.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS – NÃO ACOLHIDO O PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA O VALOR CORRESPONDENTE A 30% DO SALÁRIO-MÍNIMO – AUSÊNCIA DE PROVA DA DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE OU DA REDUÇÃO DAS NECESSIDADES DO ALIMENTADO – A SIMPLES CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA COM PROLE NÃO PERMITE A REDUÇÃO DO *QUANTUM* ALIMENTAR – PRESERVAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO 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, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 24 de outubro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de apelação interposta por Walter Malta Neto com relação à sentença proferida na ação revisional de alimentos ajuizada em desfavor de Ana Vitória Ferreira Malta, menor devidamente representada por sua genitora Ana Lúcia Ferreira.

O magistrado julgou improcedente o pedido inicial e manteve a pensão alimentícia no valor correspondente a 50% do salário mínimo mensal, correspondente hoje à R$339,00 (trezentos e trinta e nove reais).

Sustenta que à época da fixação da pensão alimentícia auferia o rendimento correspondente a R$1.115,00 (hum mil cento e quinze reais) pois, desempenhava a função de pedreiro no frigorífico Tatuibi; atualmente exerce a mesma profissão, porém sem emprego fixo, trabalhando com alguns serviços esporádicos, e auferindo em média R$800,00 (oitocentos reais) mensais.

Afirma, ainda, que constituiu nova família, vive com o sogro, e divide despesas habitacionais, o que demanda maiores gastos financeiros. Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para reduzir o valor dos alimentos a 30% do salário mínimo.

Em contrarrazões (fls. 80-86) a recorrida pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso. (fls. 94-99).

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Trata-se de apelação interposta por Walter Malta Neto com relação à sentença proferida na ação revisional de alimentos ajuizada em desfavor de Ana Vitória Ferreira Malta, menor devidamente representada por sua genitora Ana Lúcia Ferreira.

O magistrado julgou improcedente o pedido inicial e manteve a pensão alimentícia no valor correspondente a 50% do salário mínimo mensal, correspondente hoje à R$ 339,00 (trezentos e trinta e nove reais).

O recorrente pede a reforma da sentença sob o fundamento de que houve alteração em sua capacidade financeira e não possui condições de pagar a verba alimentar no valor arbitrado.

Sustenta que à época da fixação da pensão alimentícia auferia o rendimento correspondente a R$ 1.115,00 (hum mil cento e quinze reais)) pois, desempenhava a função de pedreiro no frigorífico Tatuibi; atualmente exerce a mesma profissão, porém sem emprego fixo, trabalhando com alguns serviços esporádicos, e auferindo, no máximo, R$ 800,00 (oitocentos reais) mensais.

Afirma, ainda, que constituiu nova família, vive com o sogro, e divide despesas habitacionais, o que demanda maiores gastos financeiros.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para reduzir o valor dos alimentos a 30% do salário mínimo.

O recurso não merece provimento.

Compulsando-se aos autos, verifica-se que na data da fixação da pensão alimentícia o recorrente auferia o salário líquido de R$1.115,00 (hum mil cento e quinze reais) fl.12.

Dessa forma, verifica-se que não restou comprovada alteração significativa da situação econômica do autor a ensejar revisão do valor dos alimentos.

Com relação à constituição de nova família com prole, esta, por si só, não é considerada como circunstância hábil a demonstrar a redução da capacidade econômica do recorrente.

Isso porque o entendimento jurisprudencial majoritário é pela impossibilidade de redução de pensão alimentícia fundamentada em nova união com filho, uma vez que importaria em privilégio concedido ao devedor de alimentos em detrimento do alimentando.

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. ELEMENTOS CONDICIONANTES. MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE OU DO ALIMENTANDO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA COM NASCIMENTO DE FILHO. DESINFLUÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NOVO JULGAMENTO." Se não há prova do decréscimo das necessidades dos credores, ou do depauperamento das condições econômicas do devedor, a constituição de nova família, resultando ou não em nascimento de filho, não importa na redução da pensão alimentícia prestada a filhos havidos da união anterior.* (Resp 1027930, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 03.03.2009).

No que se refere às necessidades da alimentanda Ana Vitória Ferreira Malta, respectivamente com 06 anos de idade, constata-se que estas são presumíveis e dispensam maiores discussões.

Assim, descabe reduzir o valor da pensão alimentícia, quando o alimentante não comprova alteração substancial em sua capacidade econômica ou a desnecessidade de continuar prestando os alimentos no valor anteriormente estabelecido.

Conclusão

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, MS, 24 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação 0045138-60.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – COBRANÇA – PRESCRIÇÃO AFASTADA – SUICÍDIO OCORRIDO NO PERÍODO DE CARÊNCIA – INEXISTÊNCIA DA PROVA DE PREMEDITAÇÃO – ÔNUS DA SEGURADORA – DANO MORAL NÃO VERIFICADO – SUCUMBÊNCIA INVERTIDA – RECURSO SEGURADORA NÃO PROVIDO E DOS SEGURADOS PARCIALMENTE PROVIDO.

O anterior ajuizamento de medida cautelar de exibição de documentos, preparatória da ação de cobrança, interrompe o prazo prescricional.

Ocorrendo o suicídio do segurado no período de carência, os beneficiários só não serão indenizados se a seguradora comprovar que houve premeditação.

Compete a quem deu causa à lide arcar com os ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Elza Telles e negar provimento ao de Metropolitan , nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de setembro de 2013.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Elza Telles Cavalcante e outros e Metropolitan Life Seguros & Previdência Privada S.A. interpõem apelações (f. 264-71 e 273-88) contra sentença (f. 253-60) que, na ação de cobrança movida pelos primeiros em face da segunda, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa de Renan Telles Porfírio e acolheu a de ilegitimidade passiva da apelada Dixer Distribuidora de Bebidas S.A. e julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a seguradora ao pagamento da indenização securitária de R$ 31.667,52 e de R$ 3.000,00 referentes à assistência funeral, corrigidas pelo IGPM-FGV desde a negativa do pagamento (01.09.2009) e juros de 1% a parti da citação, observados os percentuais de 35% para Renan e Elza e 30% para Geraldo nos termos da declaração de beneficiários de f. 50 da ação cautelar de exibição 0021207-28.2012. Sucumbência recíproca em 50% das custas para cada parte e os honorários deverão ser compensados.

Os primeiros recorrentes sustentam que a seguradora deve ser condenada ao pagamento de danos morais em razão dos prejuízos e desgastes de ordem moral, tendo em vista a negativa em pagar o valor do

seguro e reembolsar as despesas com o funeral e, ainda, arcar sozinha com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes devendo ser fixados em 20% sobre a condenação.

A segunda alega prescrição da pretensão e que não cabe a indenização do seguro, tendo em vista haver exclusão de cobertura para suicídio no prazo de carência de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 798 do Código Civil.

Contrarrazões à f. 315-28 e 330-42.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Os apelantes se insurgem contra a sentença em que se rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa de Renan Telles Porfírio e acolheu a de ilegitimidade passiva da apelada Dixer Distribuidora de Bebidas S.A. e julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a seguradora ao pagamento da indenização securitária de R$ 31.667,52 e de R$ 3.000,00 referentes à assistência funeral, corrigidas pelo IGPM-FGV desde a negativa do pagamento (01.09.2009) e juros de 1% a partir da citação, observados os percentuais de 35% para Renan e Elza e 30% para Geraldo nos termos da declaração de beneficiários de f. 50 da ação cautelar de exibição 0021207-28.2012. Sucumbência recíproca em 50% das custas para cada parte e os honorários deverão ser compensados.

Em razão da prejudicial de mérito inverte-se a análise dos recursos.

Apelação da seguradora - prescrição

Razão não lhe assiste, pois o sinistro ocorreu em 24.02.2009 e em razão da negativa da seguradora em pagar a indenização, pelo fato de a morte ter sido por suicídio e no período de carência do seguro (f. 70), ter se dado em 15.06.2009 o lapso trienal par ajuizamento da ação de cobrança se encerraria em 15.06.2012.

Ocorre que antes de expirar o prazo os beneficiários ajuizaram ação cautelar de exibição de documentos em 25.04.12 (f. 31), fato que interrompeu a prescrição a teor do artigo 202 do Código Civil.

Nesse sentido:

> *Art. 202: 4a. Também se interrompe a prescrição pela citação no processo cautelar (RT 588/106) "O despacho do juiz que determina a citação na ação cautelar preparatória tem o condão de interromper o prazo prescricional referente à pretensão principal a ser futuramente exercida (art. 202, I, do novo CC)" (STJ 3ª T., Resp 822.914, Min. Gomes de Barros, j. 1.6.06). No mesmo sentido: STJ-5ªT., Resp 949.204-Edcl, Min. Arnaldo Esteves, j. 17.3.09, DJ 6.4.09.* (Código Civil, 29ª, Ed. Saraiva, pág. 110, Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli)

Assim, como a ação de cobrança foi protocolizada em 15.08.2012 (f. 02), não há falar em sua ocorrência.

Em caso semelhante:

> *PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. OFENSA CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. ART. 202, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO CAUTELAR DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA ANTERIOR À AÇÃO PRINCIPAL INDENIZATÓRIA.*

> *1. Há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem deixa de se manifestar, expressamente, sobre questão suscitada nos autos e relevante para o julgamento da causa.*
>
> *2. Tendo o agravado intentado ação cautelar de justificação prévia imprescindível à ação indenizatória posteriormente proposta, a regra da interrupção prescricional, contida no parágrafo único do art. 202 do Código Civil, torna-se relevante para o deslinde da lide. 3. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (AgRg no Ag 1376006/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina* (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, j. 05/04/2011). destacado

Da exclusão da cobertura por suicídio no prazo de carência

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as regras contratuais referentes aos contratos de seguro de vida devem ser interpretadas com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual, não se revelando justa a interpretação literal do artigo 798 do CC (que foge a sua finalidade e alcance) no caso de suicídio do segurado ocorrido nos primeiros 02 (dois) anos da celebração do pacto.

A regra prevista no mencionado dispositivo legal foi instituída com a finalidade de impedir fraude contra a seguradora, de modo que para o seu reconhecimento torna necessária a comprovação da má-fé decorrente da premeditação.

Nesse sentido:

> *SALVO SE TIVER HAVIDO PREMEDITAÇÃO, O SUICÍDIO DO SEGURADO NO PERÍODO CONTRATUAL DE CARÊNCIA NÃO EXIME O SEGURADOR DO PAGAMENTO DO SEGURO. (Súmula 105 do STF)*
>
> *O SEGURO DE VIDA COBRE O SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. (Súmula 61 do STJ)*
>
> *Ainda:*
>
> *DIRIETO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA FÉ DO SEGURADO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. NECESSIDADE.*
>
> *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.*
>
> *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.*
>
> *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.*

> *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.*
>
> *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.*
>
> Recurso especial provido." (REsp 1188091/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, j. em 26/04/2011)
>
> *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. Min. SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, j. em 07/02/2012).

Na hipótese, entende-se inaplicável o disposto no artigo 798 do CC, porquanto, a despeito de o suicídio ter ocorrido dentro do prazo de carência, o contrato é de natureza coletiva e houve adesão a ele pelo segurado em razão do emprego, o que afasta qualquer alegação de premeditação.

Assim, ante a ausência de comprovação da má-fé do segurado que cometeu suicídio, não há falar em exclusão do pagamento da indenização.

Do recurso de Elza e outros – danos morais

Razão não lhes assiste, pois a negativa da seguradora baseou-se em cláusula contratual e previsão no Código Civil, o que descaracteriza a ilicitude do ato e afasta o dever de indenizar por dano moral.

Como bem observou o magistrado de primeiro grau à f. 260:

> *(...) Os alegados danos morais não se verificam no caso em exame, porquanto, embora os autores tenham direito à indenização securitária, a recusa da seguradora se pautou em cláusula contratual...*
>
> *Dessa maneira, os autores sofreram meros dissabores que não podem ser alçados a danos morais indenizáveis.*

Da sucumbência

Aqui, prospera a irresignação.

É que, apesar de não ter sido vencedor em toda a demanda, constata-se que seus pedidos principais eram os pagamentos do prêmio total do seguro em razão da morte do segurado e do serviço de assistência funeral, devidamente corrigidos, os quais foram julgados procedentes.

Ademais, diante do fato de a seguradora ter dado causa a demanda deve ser invertida a sucumbência e os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC, ficando responsável por tal ônus integralmente.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao recurso da seguradora e dar parcial ao de Elza Telles Cavalcante e Outros para que seja invertida a sucumbência, devendo a Metropolitan Life Seguros & Previdência Privada S.A. arcar com esse ônus integralmente, ficando mantida a sentença nos demais aspectos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ELZA TELLES E NEGARAM PROVIMENTO AO DE METROPOLITAN , 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 Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 24 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0052866-26.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO DE DÉBITO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – CESSÃO EM "CONTRATO DE GAVETA" – EXIGÊNCIAS LEGAIS NÃO PREENCHIDAS – REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – ILEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O cessionário adquirente de imóvel através de "contrato de gaveta" sem a anuência da financiadora e desprovido dos requisitos legais não possui legitimidade ativa para pleitear em juízo a revisão de suas cláusulas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Elisandra Shiroma interpõe apelação (f. 578-87) contra sentença (f. 567-78) que, na ação revisional de contrato movida em face da Progemix - Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda. e Nova Cap - Empreendimentos Imobiliários Ltda., acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa e extinguiu o feito sem resolução do mérito.

Alega que a apelada tinha conhecimento da cessão de direitos, pois efetuava o pagamento das prestações em seu próprio nome junto ao escritório da apelada. Por fim, requer o provimento do apelo para regular prosseguimento do feito.

Contrarrazões às f. 597/602 e 604-8.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

A apelante ajuizou a presente, requerendo a revisão do contrato relativo ao imóvel localizado no Condomínio Residencial Nova Europa, adquirido por Márcia Shiroma de Miranda da empresa Progemix

em 02.04.1995 (f. 31-3) e que posteriormente teria sido transferido por meio de contrato particular de cessão de direitos em 02.09.1995.

O juiz acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa e extinguiu o feito sem resolução do mérito, por inexistir relação jurídica entre ela e a empresa requerida.

Inobstantes os argumentos, a sentença deve ser mantida.

O compromisso de compra e venda em questão foi celebrado entre a Progemix e a adquirente originária Márcia Shiroma de Miranda e apenas em relação a elas produz efeitos, do qual consta:

> *CLÁUSULA NONA: O COMPRADOR poderá ceder ou transferir os direitos e obrigações decorrentes desse contrato, desde que esteja em dia com suas obrigações e mediante prévia anuência, por escrito, da VENDEDORA.*
>
> *Parágrafo Primeiro: A transferência será efetuada através da VENDEDORA, mediante o pagamento da taxa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado do contrato, correndo por conta do COMPRADOR as demais despesas desta transferência.(f. 31 vº.)*

No caso, inexiste anuência por escrito da apelada, tampouco elementos que indiquem seu conhecimento sobre a referida cessão, haja vista que a notificação extrajudicial para pagamento e liquidação de débitos emitida em 29.05.2009 foi realizada em nome de Márcia Shiroma de Miranda, ou seja, da contratante originária (f. 37).

A propósito:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – HASPA – SENTENÇA TERMINATIVA – CESSÃO DE DIREITOS DE IMÓVEL FINANCIADO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – CONTRATO DE GAVETA – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CESSIONÁRIO, QUE NENHUMA OBRIGAÇÃO ASSUMIU PERANTE O AGENTE FINANCIADOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Tratando-se de "contrato de gaveta", apenas o primeiro adquirente e mutuário integrante da relação contratual mantém relação jurídica com o agente financiador, carecendo o cessionário de legitimidade ad causam para propor ação visando rediscutir o débito em questão, bem como as cláusulas pré-estabelecidas, consideradas abusivas. Precedentes do STJ.*
>
> *A Lei n. 10.150/2000, visando regularizar situações semelhantes, em número elevado, permitiu a comprovação da condição de cessionário, desde que as transferências tenham ocorrido até 25 de outubro de 1996.* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.002901-1/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Quinta Turma Cível, j. 30.7.2009)
>
> *ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS - FCVS. LEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO. CONTRATO DE "GAVETA". POSSIBILIDADE, DESDE QUE EXISTENTE ANUÊNCIA DO MUTUANTE. LEI N. 10.150/2000. PRECEDENTES. NÃO VERIFICAÇÃO, IN CASU, DA CONCORDÂNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.*

> *1. A Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento do REsp n. 783.389/RO, Rel. Min. Ari Pargendler (DJe 30.10.2008), firmou entendimento no sentido de que a cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro e que a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da Habitação.*
>
> *(...). 4. Recurso especial não provido.* (REsp 1257986/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 02/08/2011). (destacado)

Sobre o tema, o artigo 20 da Lei 10.150/00, relativizou a autonomia de contratar das financeiras ao prever: *As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei.*

Como dito, a despeito de o contrato em questão ser datado de 2.09.1995, portanto dentro do prazo estabelecido, a legislação específica exige ainda documentos formalizados em Cartório de Registro de Imóveis, Título e Documentos e de Notas ou contrato particular de cessão de direitos ou promessas de compra e venda com firma reconhecida em cartório ou procuração por instrumento público, se particular, também com firma reconhecida. Veja-se:

> *Art. 22. Na liquidação antecipada de dívida de contratos do SFH, inclusive aquelas que forem efetuadas com base no saldo que remanescer da aplicação do disposto nos §§ 1o, 2o e 3o do art. 2o desta Lei, o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada sem a interveniência da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS, inclusive quanto à possibilidade de utilização de recursos de sua conta vinculada do FGTS, em conformidade com o disposto no inciso VI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990.*
>
> *§ 1º A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.*
>
> *§ 2º Para os fins a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser admitida a apresentação dos seguintes documentos:*
>
> *I - contrato particular de cessão de direitos ou de promessa de compra e venda, com firma reconhecida em cartório em data anterior à liquidação do contrato, até 25 de outubro de 1996;*
>
> *II - procuração por instrumento público outorgada até 25 de outubro de 1996, ou, se por instrumento particular, com firma reconhecida em cartório até 25 de outubro de 1996.*

No caso, o instrumento apresentado não se encontra dotado desses requisitos legais, fato que retira da apelante a legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão de contrato de financiamento.

Em caso semelhante tive a oportunidade assim decidir:

> *APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO DE DÉBITO - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – CESSÃO EM "CONTRATO DE GAVETA" - CONDIÇÕES LEGAIS NÃO VERIFICADAS - REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - ILEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

> *O cessionário, adquirente de imóvel através de "contrato de gaveta" celebrado após 25/10/96, não ostenta legitimidade ativa para demandar em juízo a revisão de suas cláusulas.* (Apelação 0015586-84.2011.8.12.0001, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, Segunda Câmara Cível, j. 04.03.2013).

Logo, se inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau, sua sentença deve ser mantida.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, 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 Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 08 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0070460-87.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON – REDUÇÃO – VALOR DESARRAZOADO E DESPROPORCIONAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Impõe-se a redução da multa aplicada em patamar que atente contra os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 8 de outubro de 2013.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença (f. 301-9) que, na anulatória de débito movida pela Brasil Telecom S.A., julgou parcialmente procedente o pedido apenas para reduzir a multa aplicada de 10.000 para 1.000 UFERMS. Isento de custas. Honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais).

Diz que a sanção pecuniária aplicada pelo Procon no exercício de seu poder de polícia é condizente com a conduta da empresa que violou direitos garantidos na legislação consumerista. A infração cometida não pode ser considerada de pouca relevância, devendo ser levado em consideração o porte econômico da concessionária, sua reincidência no mercado consumidor, além de ineficiente o serviço que deixa de fornecer informações adequadas e claras por meio do seu call center. Em respeito aos princípios gerais do processo e da legalidade, descabe ao Judiciário adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 327/332.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Ao que consta, foi instaurado procedimento administrativo no Procon para apurar reclamação de um consumidor em face da Brasil Telecom, segundo o qual a empresa não disponibiliza em seu atendimento eletrônico (*call center*) a opção de contato com o atendente "pessoa física".

Por essa razão, o órgão de defesa do consumidor reconheceu a prática de infração aos artigos 4º, I e III, 6º, III e VI, ambos do CDC e Decretos 2.181/97 e 6.523/08, aplicando multa de 10.000 UFERMS (equivalente hoje a R$ 179.200,00)[1] (f. 105).

O magistrado de primeiro grau concluiu pela legalidade da aplicação da multa, porém, reduziu-a para 1.000 UFERMS (equivalente hoje a R$ 17.920,00).

O Estado requer a manutenção do valor, considerando a relevância da infração e o porte econômico da concessionária.

A sentença deve ser mantida.

Dispõe o artigo 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor *A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.*

De acordo com os aspectos fáticos em análise, o montante de R$ 179.200,00 mostra-se excessivo e desproporcional, eis que muito superior ao que comumente o órgão de defesa do consumidor tem aplicado em situações semelhantes a esta (700 UFERMS) e que vem sendo mantido por esta Corte, como pode ser conferido nos seguintes julgados: 2012.003995-0; 0070207-65.2010.8.12.0001 e 0007618-03.2011.8.12.0001/50000.

Deve-se considerar ainda que a sanção neste caso é decorrente da má prestação de um serviço (inexistência de atendimento por pessoa física no *call center*), ou seja, não houve vantagem pecuniária indevida auferida pela telefonia, restando evidente a falta de razoabilidade na imputação da multa, cujo valor não condiz com a extensão do dano provocado que, repita-se, restringe-se à ineficiência de atendimento ao consumidor.

A atuação da Administração Pública deve seguir parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, afastando o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada com a violação praticada.

Por oportuno:

> *APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA MULTA ADMINISTRATIVA DO PROCON PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DAS PRELIMINARES ARGUÍDAS NAS RAZÕES AFASTADA NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR NÃO CONHECIDA INOVAÇÃO MÉRITO AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO LEGALIDADE DA MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON IRRAZOABILIDADE E DESPROPORCIONALIDADE DO VALOR SANCIONATÓRIO REDUÇÃO ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.(...) Contudo, como o valor da multa fixada se mostra excessivo e desproporcional ao caso vertente, este deve ser reduzido, porquanto a multa deve ser fixada de forma razoável e proporcional ao caso vertente, em observância aos artigos 57, do Código de Defesa do Consumidor e 22, do Decreto nº 2.181/97.* (Ap. Cível n 2012.016483- 7, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, 2ª Câm., j. em 3.7.2012).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – MULTA APLICADA PELO PROCON – INFRAÇÃO DAS NORMAS DO CDC – DECISÃO ADMINISTRATIVA – OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – REDUÇÃO DO*

1 Resolução SEFAZ nº 2490 de 20.08.2013, publicado no DOE de 23.08.2013.
Art. 1º Fica estabelecido em R$ 17,92 (dezessete reais e noventa e dois centavos) o valor da Unidade Fiscal Estadual de Referência de Mato Grosso do Sul (Uferms), a vigorar nos meses de setembro e outubro de 2013.

> *VALOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Reveste-se de legalidade a multa regularmente aplicada em processo administrativo no âmbito de Procon, onde foram observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, devendo ser fixada de forma razoável e proporcional* (Ap. Cível n. 0600014-52.2011.8.12.0029, 2ª Câm., Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, j. em 08.01.2013).

Portanto, inexistente qualquer circunstâncias que permita modificar o entendimento firmado em primeiro grau, a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, 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 Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 08 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000684-03.2010.8.12.0021 – Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – IMÓVEL EM NOME DE PESSOA JÁ FALECIDA – INVENTÁRIO EM ANDAMENTO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA INVENTARIANTE – PROCESSO NULO A PARTIR DA CITAÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO.

Falecendo a pessoa em nome de quem o imóvel usucapiendo se encontra, a sua representatividade dar-se-á pelo inventariante. Não formalizada a relação processual, nulo é o feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recuso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 10 de outubro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva – em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Josefa Aquino da Silva (Espólio) interpõe recurso de apelação visando anular, ou reformar, a sentença que acolheu pedido de usucapião de área urbana formulado por Rosa Maria da Silva, Moises Faustino de Souza, Marta da Silva Souza, Paulo Faustino de Souza, Marcos Faustino de Souza, Aureni da Silva Souza, Carlos Aparecido da Silva e Maria do Carmo Pessoa da Silva.

Alega nulidade da sentença porque; i) as procurações outorgadas aos advogados dos apelados têm poderes para acionar apenas o Espólio de Josefa Vieira de Aquino, *faltando poderes para acionar o espólio de José Pedro da Costa* (f. 381); ii) ausência de citação da inventariante do espólio de José Pedro da Costa, Cícera Alves da Costa; iii) falta de fundamentação na sentença.

No mérito sustenta a impossibilidade de usucapir a área porque os apelados, filhos de José Pedro da Costa, ocupam a área mediante permissão deste, tanto que os impostos da área sempre foram pagos pelo *de cujus*.

Salienta que as testemunhas ouvidas em juízo, ao contrário do entendimento do sentenciante, *confessaram que o avô deu a casa para sua filha (Rosa Maria) morar,* estando esta, seus filhos e demais filhos do *de cujus* ocupando área diante de permissão do proprietário, inexistindo o *animus domini* por parte dos apelados.

Contrarrazões às f. 401-402.

Parecer às f. 407-417 opina pelo acolhimento da preliminar de nulidade da sentença por ausência de citação da inventariante do espólio de José Pedro da Silva; se superada, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

O apelo manejado pelo espólio de Josefa Aquino da Silva busca anular, ou reformar, a sentença que acolheu pedido de usucapião de área urbana formulado por Rosa Maria da Silva e outros, em desfavor do Espólio de José Pedro da Silva e ou José Pedro da Costa e Espólio de Josefa Aquino da Silva e ou Josefa Vieira da Silva.

1. Preliminar (nulidade do processo por ausência de citação)

Os ora apelados alegaram na inicial que

> *"(...) possuem de forma mansa, pacífica e ininterrupta com ânimo de dono, há mais de 20 (vinte) anos, o imóvel situado nesta cidade, à Rua 15 de Junho, n. 1.256 - Bairro Nossa Senhora Aparecida, consistente de um Lote de terreno sob número 01 (um), da quadra número 114 (cento e quatorze), do loteamento denominado "Nossa Senhora Aparecida", localizado na segunda zona urbana desta cidade, com área total de 1.000,00 m2 (um mil metros quadrados) (...)*
>
> *OBS.: O imóvel acima demonstrado, é objeto da Matrícula 42.338, fls. 01 do CRI da Comarca de Três Lagoas, Estado de Mato Grosso do Sul, com registros anteriores sob nº 12.828 do livro 3-AC, fls. 90, cuja transcrições anteriores fazem parte da cadeia dominial, juntada, para conhecimento do Juízo e prova das alegações dos Autores, ou seja: Transcrição n. 5.450, Livro 3, L, fls. 104, 5447, Livro 3, fls. 104, cuja data inicial é de 04 de novembro de 1946. (f. 03-04)".*

Os apelados indicaram na inicial que tanto o espólio de Josefa Aquino da Silva e ou Josefa Vieira da Silva como o de José Pedro da Silva e ou José Pedro da Costa se faziam representar pela inventariante Maria do Carmo da Silva.

Extrai-se dos autos que, de fato, no ano de 2006, Maria do Carmo Silva aforou inventário em nome de José Pedro da Silva/José Pedro da Costa e Josefa Vieira de Aquino/Josefa Aquino da Silva/Josefa Vieira da Silva (f. 451) – autos n. 0008339.65-2006.8.12.0021, tendo sido, inclusive, nomeada inventariante.

Esse processo acabou por ser extinto sem resolução de mérito e a inventariança de Maria do Carmo Silva revogada, porque os herdeiros de Josefa Vieira de Aquino não eram os mesmos de José Pedro da Silva (f. 422).

Vingou, de lado outro, o inventário aforado por Cícera Alves da Costa Dias, tanto que foi nomeada inventariante, em relação aos bens deixados por José Pedro da Costa – autos . 021.07.000097-3 f. 424) – cujo feito encontra-se em tramitação.

Nesta esteira, a citação da inventariante do espólio de José Pedro da Costa para integrar esta lide é imperiosa, o que já não ocorre com o espólio de Josefa Vieira de Aquino, porque o imóvel cuja usucapião é pretendida, conforme se vê do documento de f. 29, encontra-se em nome de José Pedro da Costa e o qual

já se qualificava como viúvo, não mais como casado, o que deixa patente que o interesse está circunscrito aos herdeiros de José Pedro da Costa.

Como salientou o Ministério Público de segundo grau:

> *"Não obstante as alegações contidas nos autos, no sentido de que o Espólio de José Pedro da Costa era representado pela inventariante Maria do Carmo da Silva, e que, assim, também tria sido suprida a ausência de citação com o comparecimento espontâneo da suposta inventariante nos autos (fls. 126-127), percebe-se que quem representa o Espólio de José Pedro, na realidade, não é ela, mas, sim, a Srª Cícera Alves da Costa Dias.*
>
> *Embora conste nos autos termos de compromisso de inventariante no qual a Srª Maria do Carmo Silva firmou compromisso de inventariante, consultando o andamento no Sistema de Automação da Justiça – SAJ (autos nº 021.06.0073396) constata-se que o processo foi extinto, sem resolução de mérito, e foi revogada sua nomeação como inventariante. Isto é, a Srª Maria do Carmo Silva, desde o ajuizamento da ação de usucapião, não representava mais o Espólio de José Pedro da Costa. Este passou a ser representado, então, pela inventariante Cícera Alves da Costa Dias, conforme demonstram a decisão de fl 95 e também o andamento processual em anexo.*
>
> *A Srª Cícera Alves da Costa Dias, inventariante, genuína representante do espólio de José Pedro da Costa, realmente não foi citada, vício que compromete a validade do processo (art. 214, caput, do Código de Processo Civil).*
>
> *Desse modo, a nosso ver, a nulidade da sentença é medida que se impõe, com o retorno dos autos à instância singela para que o Espólio de José Pedro da Costa seja citado, na pessoa da inventariante Sra. Cícera Alves da Costa Dias.* (f. 410-411)."

Inviável admitir que estaria o feito saneado com o ingresso da inventariante do espólio de Josefa Vieira de Aquino, porque o inventário aforado por Maria do Carmo Dias foi fulminado em seu nascedouro, exatamente porque os interesses eram de pessoas distintas. Salientou o juiz na oportunidade que:

> *"Trata-se de pedido de inventário formulado por Maria do Carmo Silva em virtude do falecimento de seus avós maternos José Pedro da Silva/José Pedro da Costa e Josefa Vieira de Aquino/Josefa Aquino da Silva/Josefa Vieira da Silva.*
>
> *Não é o caso de prevenção do Juízo, conforme sustenta a autora. A prevenção ocorre quando ajuizadas ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, nos termos do artigo 106 do CPC. No caso, o único Juízo competente para conhecer e apreciar de matéria sucessória é o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, para onde foram endereçados os dois pedidos de inventário.*
>
> *Cabe, então, apreciar qual dos feitos ajuizados (autos 021.06.008339-6 e 021.07.00097-3) deverá prosseguir, com a extinção natural do outro.*
>
> *Pois bem. Nestes autos a autora Maria do Carmo Silva, neta dos falecidos José Pedro da Silva/José Pedro da Costa e Josefa Vieira de Aquino/Josefa Aquino da Silva/Josefa Vieira da Silva, pretende promover o inventário conjunto dos falecidos, pois, segundo ela, os bens a serem inventariados foram adquiridos durante a constância do casamento dos avós maternos.*
>
> *Ainda para fundamentar a razão de decidir, e se já não bastasse a dificuldade do entendimento do por que dos avós maternos possuírem nomes diferentes, tal como se observa dos documentos (fl. 08/16), constato que os herdeiros dos autores da herança também não são os mesmos.*

> *Sim, porque, a autora e seus dois irmãos José Francisco da Silva Costa e Ana do Carmo da Silva Pimenta (doc. 26/28, dos autos em apenso), são filhos de Rita Vieira da Silva, que por sua vez é descendente dos dois autores da herança.*
>
> *Por outro lado, Cícera Alves da Costa Dias e Rosa Maria da Silva Souza são filhas apenas de José Pedro da Silva/José Pedro da Costa, sendo filhas, por evidente, de mães diferentes (doc. 09 e 25, dos autos nº 021.07.000097-3).*
>
> *Por evidente a impossibilidade do prosseguimento destes autos de inventário conjunto, vez que para tanto são necessários dois requisitos: a existência dos mesmos herdeiros e os mesmos bens a serem partilhados.*
>
> *Ora, uma coisa é certa, Cícera Alves da Costa Dias e Rosa Maria da Silva Souza não são herdeiras de Josefa Vieira de Aquinho/Josefa Aquino da Silva/Josefa Vieira da Silva, cuja meação dos bens inventariados pretende a autora a partilha. Justamente por isso, porque a autora pretende a meação de sua genitora, excluindo-se as herdeiras exclusivas de José Pedro da Costa, quais sejam, Cícera Alves da Costa Dias e Rosa Maria da Silva Souza, a conclusão é que também não são os mesmos bens a serem partilhados."*

Assim, impossível o prosseguimento destes autos de inventário conjunto dos falecidos. Com efeito, reza o artigo 1.043 do CPC:

> *"Falecendo o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do pré-morto, as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos".*
>
> *No sentido da dicção legal, os entendimentos de José da Silva Pacheco[1]:*
>
> *"Falecendo o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do pré-morto, às duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos".*

Nestes termos, com fundamento nas razões supra alinhavadas, e considerando a impossibilidade jurídica da tramitação conjunta do inventário dos falecidos, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, o que faço com fundamento nos artigos 267, inciso VI e 1.043, ambos do Código de Processo Civil, **revogando a nomeação de Maria do Carmo Silva como inventariante** nestes autos, devendo ela ser intimada para que entregue a via correspondente ao termo de inventariante expedido às f. 28. (extraído do SAJ - intranet).

Além do mais, como já disse anteriormente, a área cujo usucapião é pretendido pelos apelados, pelo que consta do documento de f. 29, sequer há interesse para figurar como litisconsorte passivo necessário os herdeiros de Josefa Aquino da Silva, em razão de figurar como proprietário da área em litígio José Pedro da Silva, qualificado como viúvo, o que faz concluir que eventual meação de Josefa Aquino da Silva já havia sido resolvida.

Conclusão

Posto isso, e com o parecer, acolho a preliminar de nulidade do feito a partir de f. 124, para que haja a citação da inventariante do espólio de José Pedro da Silva, para posterior prosseguimento da ação de usucapião.

1 PACHECO, José da Silva. Inventários e Partilhas. Editora Forense, 18a. ed., Rio de Janeiro, 2005, pág. 462.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECUSO, 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, MS, 10 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0048125-40.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – VÔO INTERNACIONAL – EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM – APLICAÇÃO DO CÓDIGO CONSUMERISTA – CARACTERIZADA A MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADO – NÃO CONHECIMENTO DA PARTE DO RECURSO QUE ARGUI MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NA CONTESTAÇÃO – MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO; NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Em razão dos princípios da eventualidade e da concentração, deve o réu deduzir toda a matéria de defesa na contestação, de forma que não tendo se insurgido, no momento oportuno, com relação a diversas questões, suscitadas somente em sede de apelação, opera-se a preclusão, ensejando o não conhecimento de parte do recurso.

A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços é regida pelo Código Defesa do Consumidor. Precedentes.

Configurada a má prestação do serviço pela companhia aérea internacional, que extraviou, por cinco dias, a bagagem, deixando de prestar aos passageiros o auxílio necessário para o prosseguimento da viagem que haviam planejado, resta caracterizado os danos material e moral.

O valor da indenização do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 26 de setembro de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Turkish Airlines S/A interpõe recurso de apelação contra sentença que lhe condenou a pagar danos morais e materiais aos autores Daniela Corrêa Basmage, Gabriel Corrêa Basmage e Amanda Corrêa Basmage.

Nas razões recursais juntadas à f.185-209, a apelante sustenta 1) que os danos materiais reclamados pelos apelados foram pagos pela Sra. Djanira Estevão Corrêa, pessoa que custeou todas as despesas

realizadas em decorrência do extravio temporário da bagagem e do atraso no vôo operado pela Turkish Airlines; 2) que a apelante, em outro processo, ressarciu os danos materiais suportados pela Sra. Djanira Estevão Corrêa; *3)* que não houve atraso no vôo operado pela apelante*; 4)* que a apelante *" de forma alguma requereu que os Apelados permanecessem em solo turco até a localização da bagagem, sendo certo que esta, quando localizada (o que de fato ocorreu), seria remetida aos seus proprietários, onde estivessem"* (f.195); 5) que os apelados preferiram permanecer em solo turco até que fosse localizada a bagagem remanescente *e,* por esta razão competiam a eles (apelados) a responsabilidade pelo custeio do hotel, alimentação e demais despesas efetuadas em Istambul, inclusive as passagens áreas não utilizadas, com destino à Holanda *"(ainda que estes tenham sido arcados pela Sra. Djanira)"* (f.196); 6) que a bagagem temporariamente extraviada foi localizada e d*evolvida aos apelados,* o que afasta a alegação de abalo psicológico que ampara o pedido de dano moral, tendo ocorrido mero aborrecimento, além de ter sido respeitada a Portaria 676/GC-5, expedida pela ANAC, que conferem as companhias aéreas o prazo de até trinta dias para localizar as bagagens e; 7) que os documentos juntados pelos apelados não servem de prova para o ressarcimento do prejuízo porque ilegíveis e escrito em língua estrangeira.

Pede provimento ao recurso para que seja julgado integralmente improcedentes os pedidos formulados pelos apelados ou, alternativamente, *"seja a indenização por danos materiais fixada de acordo com os valores que foram efetivamente quitados pelos próprios Apelados e, com relação aos danos morais, requer a sensível diminuição do valor arbitrado pelas razões acima destacadas"* (f.209).

O recurso foi respondido à f. 306-319.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação manejado pela apelante Turkish Airlines S/A contra a sentença que lhe condenou a pagar danos morais e materiais aos autores Daniela Corrêa Basmage, Gabriel Corrêa Basmage e Amanda Corrêa Basmage.

Com a finalidade de facilitar a compreensão da questão devolvida ao exame deste Tribunal, faço uma breve retrospectiva dos fatos que deram origem ao pedido de indenização formulado pelos autores apelados.

Segundo a inicial, os autores apelados adquiriram, por intermédio de agência de viagens, passagens aéreas da empresa aqui apelante, com destino a Istambul, Kayseri e Bodrum, na Turquia, além de Amsterdã, na Holanda.

Quando do embarque ocorrido no aeroporto de Guarulhos, ocorrido em 16/07/2010, os apelados foram informados por funcionária da empresa aérea que as malas despachadas seriam entregues na cidade de destino, em Amsterdã, na Holanda, primeiro trecho da viagem programada.

No entanto, bem no início da viagem os autores enfrentaram problemas, porquanto foram informados, pelo painel eletrônico do aeroporto, que o vôo para Istambul estava atrasado.

Ao chegarem em Istambul os autores apelados se dirigiram até o portão de embarque da companhia aérea, para dar continuidade à viagem, quando receberam a informação de que as portas do avião já estavam fechadas e que eles deveriam apresentar-se no balcão de trânsito da empresa ré, aqui apelante.

Em seguida os apelados foram avisados que deveriam retirar suas bagagens, já que elas não seguiriam para Amsterdã, devido ao atraso no trecho São Paulo-Istambul.

Após longa espera pelas bagagens, somente quatro das cinco malas despachadas pelos apelados foram localizadas, sendo que a mala extraviada continha todos os pertences das apeladas Daniela e Amanda.

Em razão do extravio da bagagem, os apelados permaneceram por mais de cinco horas no aeroporto de Istambul, na Turquia, tentando solucionar o problema, sendo tratados com indiferença pelos funcionários da ré apelante.

Após essa espera, pediram à ré apelante que fossem os autores colocados no próximo vôo com destino a Amsterdã (Holanda), solicitando, ainda, que a mala extraviada, assim que localizada, fosse enviada para o Hotel Pulitzer em Amsterdã.

Entretanto tais pedidos foram negados, sob o argumento de inexistência de outro vôo para Amsterdã naquela data, sendo que a ré apelante sequer verificou a disponibilidade de vôos de outras companhias aéreas.

Diante de tal negativa, os apelados se dirigiram até o guichê da apelante, no aeroporto de Istambul, e pediram *vouchers* de hotel e alimentação, pedido que também lhes foi negado.

Relataram que após contato estabelecido com a proprietária da agência de viagens que lhes vendeu as passagens, conseguiram reserva no Hotel Four Seasons, onde pernoitaram em 17/07/2010, na esperança de que fosse localizada a mala extraviada e pudessem seguir para Amsterdã no dia seguinte.

Nos três dias que se seguiram, os apelados eram sempre informados de que a mala ainda não havia sido localizada e que seria impossível realocar os passageiros em vôos para Amsterdã e, só em 20/07/2010 é que receberam a informação de que a bagagem fora localizada e enviada a eles no dia 21/07/2010, à noite.

Alegaram ter a empresa ré apelante agido com negligência, deixando de prestar-lhes a devida assistência, tendo eles sofridos danos materiais, diante dos gastos de alimentação, transporte e hotel para permanecerem em Istambul até que o problema fosse resolvido, com a necessidade de aquisição de roupas e materiais de higiene pessoal para as autoras Daniela e Amanda, e da perda dos valores já pagos relativos à visita a Amsterdã.

Também narram que teriam sofrido danos morais em decorrência do descaso com que foram tratados pela empresa ré, porquanto deixaram de conhecer a cidade de Amsterdã, além do constrangimento sofrido pelas autoras Daniela e Amanda, que permaneceram durante cinco dias sem seus pertences pessoais, deixando de sair e de frequentar lugares que exigiam vestimenta sofisticada.

Encerrada a fase instrutória-probatória, os autores apelados obtiveram sentença, cuja parte dispositiva transcrevo:

> *"Pelo exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos e condeno a ré ao pagamento dos autores de indenização por danos materiais, no valor de R$ 11.565,43 (onze mil quinhentos e sessenta e cinco reais e quarenta e três centavos), corrigido monetariamente pelo INPC a partir dos respectivos desembolsos, por ser o índice oficial, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e, por danos morais, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada uma das autoras Daniela e Amanda, além de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) para o autor Gabriel, corrigido monetariamente pelo INPC desde a data da prolação desta sentença (súmula n. 362 do STJ) e acrescido de juros legais a contar da citação" (f.170).*

Contra essa sentença a ré interpõe recurso de apelação, pedindo sua reforma, alegando: 1) que os danos materiais reclamados pelos apelados foram pagos pela Sra. Djanira Estevão Corrêa, pessoa que custeou todas as despesas realizadas em decorrência do extravio temporário da bagagem e do atraso no

vôo operado pela Turkish Airlines; 2) que a apelante, em outro processo, ressarciu os danos materiais suportados pela Sra. Djanira Estevão Corrêa; 3*)* que não houve atraso no vôo operado pela apelante*; 4)* que a apelante *"de forma alguma requereu que os Apelados permanecessem em solo turco até a localização da bagagem, sendo certo que esta, quando localizada (o que de fato ocorreu), seria remetida aos seus proprietários, onde estivessem"* (f.195); 5) que os apelados preferiram permanecer em solo turco até que fosse localizada a bagagem remanescente *e,* por esta razão, competiam a eles (apelados) a responsabilidade pelo custeio do hotel, alimentação e demais despesas efetuadas em Istambul, inclusive as passagens áreas não utilizadas, com destino à Holanda *"(ainda que estes tenham sido arcados pela Sra. Djanira)"* (f.196); 6) que a bagagem temporariamente extraviada foi localizada e d*evolvida aos apelados,* o que afasta a alegação de abalo psicológico que ampara o pedido de dano moral, tendo ocorrido mero aborrecimento, além de ter sido respeitada a Portaria 676/GC-5, expedida pela ANAC, que conferem às companhias aéreas o prazo de até trinta dias para localizar as bagagens; e 7) que os documentos juntados pelos apelados não servem de prova para o ressarcimento do prejuízo porque ilegíveis e escrito em língua estrangeira.

Pede provimento ao recurso para que seja julgado integralmente improcedentes os pedidos formulados pelos apelados ou, alternativamente, *"seja a indenização por danos materiais fixada de acordo com os valores que foram efetivamente quitados pelos próprios Apelados e, com relação aos danos morais, requer a sensível diminuição do valor arbitrado pelas razões acima destacadas"* (f.209).

Após detida análise dos autos tenho que a sentença deve ser modificada apenas no que diz respeito ao valor dos danos morais arbitrados pelo juízo *a quo.*

Passo ao exame dos pedidos indenizatórios em capítulos separados.

Dos danos materiais

Não vejo como modificar a sentença na parte em que concedeu aos autores os danos materiais.

Importante registrar que sequer é possível o conhecimento da tese defensiva segundo a qual os danos materiais já teriam sido pagos pela apelante à pessoa de Djanira Corrêa, que, aliás, é pessoa estranha à lide.

Essa matéria caracteriza inovação à lide, já que não foi ela alegada perante o julgador de primeiro grau.

Como se sabe, em razão dos princípios da concentração e da eventualidade deve o reú apresentar toda a sua defesa na contestação; assim não agindo, a tese defensiva inovadora não deve ser conhecida pelo Tribunal em razão de estar ela atingida pela preclusão.

Neste sentido é o seguinte precedente desta Quinta Câmara Cível:

> *"EM E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NA CONTESTAÇÃO – INOVAÇÃO NA LIDE NA FASE RECURSAL – PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE – PRECLUSÃO – INADIMPLÊNCIA CONSTATADA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL – AFASTADA PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSO IMPROVIDO.* ***Em razão do princípio da eventualidade, deve o réu deduzir toda a matéria de defesa na contestação, de forma que não tendo se insurgido, no momento oportuno, com relação a diversas questões, suscitadas somente em sede de apelação, opera-se a preclusão, ensejando o não conhecimento de parte do recurso.*** *Verificado que o crédito repassado à requerida foi utilizado para amortizar prestações de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, reduzindo o número de parcelas e constatada a inadimplência com relação aos meses especificados na inicial, mantém-se a sentença que julga procedente o pedido. Rejeita-se a pretensão de aplicação de condenação em litigância de má-fé, se o*

recurso não foi interposto por puro capricho, com espírito emulativo." (TJMS, Apelação Cível N. 2006.004209-9/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – J. 10.09.2009).

No caso destes autos, a ré aqui apelante, quando da contestação apresentada à f. 84-101, não impugnou os documentos que comprovam os valores que os autores pediram a título de ressarcimento pelos danos materiais.

Ao contestar a ação, a ré apenas disse que não devia indenizar os autores pelos danos materiais porque não houve atraso no vôo e porque *"a bagagem foi-lhes devolvida de forma intacta em cinco dias"* (f. 94).

Em razão desta particularidade, o magistrado, ao proferir decisão nos embargos de declaração, corretamente ponderou:

> *"A embargante, por sua vez, sustenta a existência de contradição quanto à condenação em indenização por danos materiais, ao argumento de que os recibos acostados á inicial encontram-se em nome de pessoa diversa das requerentes e, portanto, o ressarcimento não poderia ter sido pleiteado por elas.*
>
> *Ocorre qe as despesas indicadas pela ora embargante tornaram-se incontroversas, eis que tal questão não foi ventilada pela ré por ocasião da contestação, ocasião em que competia à requerida impugnar, especificamente, os fatos alegados na inicial, conforme dispõe o art. 302, caput, do CPC" (f.181).*

De ver-se que, se a apelante de fato repassou valores para a sra. Djanira Estevão Corrêa, que seriam em tese destinados aos apelados, deverá a empresa apelante se valer das vias ordinárias, contra a primeira, porquanto impossível o exame dessa matéria nestes autos.

Desta forma, o recurso de apelação não deve ser conhecido na parte em que impugna, somente em grau de recurso, os documentos juntados na inicial para comprovar os danos materiais, não podendo, por igual razão, ser conhecido o apelo na parte em que alega suposto pagamento dos danos materiais a uma pessoa que não figurou na lide.

Dito de outro modo, no que diz respeito ao pedido de reforma da sentença que concedeu os danos materiais, somente deve ser conhecida a tese defensiva de improcedência alegada na contestação, qual seja, a de que:

> *"não há que se falar em caso de pagamento de danos materiais aos autores, já que todas as despesas incorridos pelos passageiros foram decorrentes de suas únicas e exclusivas vontades, já que não precisariam aguardar na cidade de conexão seus pertences. Poderiam eles terem seguido viagem para Amsterdã, conforme programado, onde receberiam suas malas posteriormente. Sendo assim, seja por esse motivo, e pelo fato de não tratar o presente caso de situação de atraso de vôo, não caberia a Ré ressarcir os Autores pelas despesas com hospedagem/alimentação, conforme se prevê na legislação aplicável a espécie" (f.92).*

Colocada a questão nestes termos, tenho que a tese defensiva de improcedência do pedido de ressarcimento de danos materiais deve ser repelida pelos fundamentos já expostos na sentença, que utilizo como razão de decidir:

> *"O Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre as disposições conflitantes da Convenção de Montreal e do Código Brasileiro de Aeronáutica, dentre eles os sistema adotado para a quantificação de indenização em caso de prejuízos materiais, eis que estes*

últimos estabelecem parâmetros e tarifas que limitam o valor da indenização, enquanto que o CDC prevê o integral ressarcimento pelos prejuízos sofridos pelo consumidor.

Logo, a legislação consumerista mostra-se plenamente aplicável por se tratar de lei especialíssima, protetiva do consumidor – proteção esta inserida na Constituição Federal dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII), devendo prevalecer para fins de subsunção das normas.

A propósito, não destoa a Corte Superior.

"O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro da Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista" (AgRg no AREsp 141630/RN, rel. Min. Raul Araújo, j em 18/12/2012).

Trata a presente lide, portanto, de relação de consumo, eis que autores e ré enquadram-se respectivamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor de serviços (arts. 2º e 3º do CDC).

A responsabilidade do fornecedor de serviços, segundo dispõe o art. 14, caput, do CDC, pelos danos causados aos consumidores pro defeitos relativos à prestação dos serviços, é objetiva, ou seja, prescinde de demonstração de culpa.

Assim, é necessário à configuração da responsabilidade da requerida que se demonstre a conduta ilícita por ela praticada (no caso consubstanciada na falha de prestação de serviços), os danos causados aos consumidores e o nexo causal.

É facultado, no entanto, aos fornecedores de serviços, no caso a ré, fazer prova de que inexistiu defeito ou de que a culpa do ocorrido é culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, caso em qeu não pode ser responsabilizada.

Analisando detidamente os autos, verifico que houve falha na prestação dos serviços por parte da ré, considerando o que se poderia esperar, razoavelmente (art. 14,§ 1º, II, do CDC), do serviço prestado por companhia de transporte aéreo internacional.

Isto porque o fato, inconteste nos autos de que os autores permaneceram por 05 (cinco) dias na cidade de Istambul, onde sabidamente estão concentradas as atividades da empresa aérea ré, aguardando a localização da bagagem extraviada, é, sim, suficiente para a caracterização dos danos por eles alegados.

A ré limita-se a alegar que a opção por permanecer naquela cidade foi dos próprios autores. Contudo não faz qualquer prova de que ofereceu aos requerentes outras opções de vôo a Amsterdã, ainda que em datas posteriores ou em outras companhias aéreas, tampouco que prestou assistência adequada aos consumidores, fornecendo-lhes, ao menos, alternativas que pudessem minimizar os prejuízos por ele sofridos.

Assim, parece bastante crível a assertiva, esposada na inicial, de que não teria restado aos autores outra solução senão a de aguardar em Istambul durante os cinco dias em que a mala permaneceu extraviada, fazendo com que perdessem a viagem a Amsterdã e acarretando-lhes inegáveis prejuízos de ordem material e moral" (f.163-165).

Com efeito, em se tratando de responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, havendo nexo de causalidade entre os danos sofridos pela parte autora e a conduta do agente, consistente na ausência de zelo no transporte das bagagens dos passageiros do vôo, impõe-se o dever de indenizar.

A propósito, confiram-se os julgados abaixo:

> *EMENTA: DANO MATERIAL. DANO MORAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. CARACTERIZAÇÃO. REPETIÇÃO EM DOBRO. INEXISTÊNCIA. O extravio de bagagem, por si só, caracteriza, além de dano material, dano moral, não se tratando de mero aborrecimento, contratempo, chateação. O extravio de objetos no interior da bagagem em transporte aéreo, causado pela negligência da empresa transportadora, deve gerar indenização pelo valor real dos mesmos, não incidindo a regra da indenização tarifada, porquanto aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Para que haja obrigação de repetição de indébito em dobro deva haver a comprovação de má-fé na cobrança, pois a cobrança excessiva em si ou ausência de prestação efetivo do serviço, não constituem fatos autorizadores de repetição em dobro, mas tão-somente a devolução de forma simples".* (Recurso parcialmente provido. TJMG. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.07.589773-6/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A - APELADO(A)(S): JAIR FRAGA - RELATOR: EXMO. SR. DES. CABRAL DA SILVA. DATA DO JULGAMENTO: 31/08/2010. DATA DA PUBLICAÇÃO: 21/09/2010).

> *EMENTA: INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE AÉREO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SERVIÇO DEFEITUOSO - DANO MATERIAL E MORAL - FIXAÇÃO DO QUANTUM. 1. Em se tratando de indenização por danos materiais e morais, por falha na prestação do serviço de transporte aéreo, nacional ou internacional, por se configurar verdadeira relação de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor em detrimento de Convenção Internacional. 2. Em caso de extravio de bagagem, a reparação por danos materiais deve ser a mais próxima possível da realidade, devendo prevalecer a relação de pertences apresentada pela parte, se não foi feita prova contrária pela ré. 3. Comprovados os transtornos causados ao consumidor, superando o limite dos meros aborrecimentos, em decorrência da má prestação do serviço de transporte aéreo, impõe-se o dever de reparação por ofensa moral. 4. Na fixação do dano moral, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, cuidando para não permitir o lucro fácil do ofendido, mas também não reduzindo a indenização a um valor irrisório.* TJMG. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0105.07.232448-3/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): AIR EUROPA LINEAS AÉREAS SAU OU AIR EUROPA LOST AND FOUND - APELADO(A)(S): GERALDO HÉLIO DE ARAÚJO - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES. DATA DO JULGAMENTO: 09/11/2010. DATA DA PUBLICAÇÃO: 25/11/2010*"*

Com estes acréscimos, mantenho o capítulo da sentença que concedeu os danos materiais.

Do dano moral

Configurado o dano moral, nos termos dos dois últimos julgados acima transcritos, passo a revisão do valor indenizatório fixado na sentença a tal título.

É certo que inexiste parâmetro objetivo para se quantificar o valor de uma indenização por dano moral. Tal tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também um sentido punitivo ao lesionador.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do Prof. Sergio Cavalieri Filho[1]:

> *"Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não*

1 *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."

De fato, no tocante ao valor de uma indenização, é naturalmente difícil medir o preço de valores subjetivos, como a dor, o sofrimento ou mesmo o incômodo ou o descrédito decorrente da prática de ato abusivo.

Portanto, nessas circunstâncias, deve-se valer o juízo de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo a proporcionalidade entre causa e efeito.

Entendo que o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) fixado a título de dano moral para a apelada Daniela Corrêa Basmage e R$ 15.000 (quinze mil reais) para Amanda Corrêa Basmage, totalizando R$ 30.000,00 (trinta mil reais) é desproporcional, devendo ser acolhido o pedido de redução do *quantum*.

Reputo razoável fixar o dano moral para cada uma das autoras acima nominadas em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia capaz de amenizar a dor e a angústia de se ver sem seus pertences, num dado momento, num país não familiar para as apeladas.

Já o autor Gabriel Corrêa Basmage teve o dano moral fixado em menor valor, ou seja, em R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), em razão dele não ter ficado sem os seus pertences pelo tempo em que ficou extraviada a bagagem.

Também reputo desproporcional esse valor, mormente por se tratar de menor, na época, que teve seu sofrimento amenizado pelas pessoas maiores que o acompanhavam. Fixo o dano moral em favor de Gabriel Corrêa Basmage em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Conclusão

Posto isso, conheço em parte do recurso de apelação interposto por Turkish Airlines S/A e, na parte conhecida, dou-lhe provimento parcial, para fixar em R$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor do dano moral em favor da autora Daniela Corrêa Basmage; em R$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor do dano moral em favor da autora Amanda Corrêa Basmage; e em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) o valor do dano moral em favor do autor Gabriel Corrêa Basmage, totalizando R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) os danos morais, com incidência de correção monetária a partir da publicação do acórdão e juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), ou seja, do extravio da referida bagagem. Ficam mantidos os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO, 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, MS, 26 de setembro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n.0800172-87.2011.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE SOBREPARTILHA – BENS SONEGADOS NA PARTILHA OCORRIDA COM A SEPARAÇÃO DO CASAL– PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES PESSOAIS – ART. 205 DO CÓGIDO CIVIL VIGENTE – FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DO CONHECIMENTO PELA CONSORTE PREJUDICADA – RECURSO PROVIDO.

A ação com propósito de obter sobrepartilha dos bens omitidos na separação judicial é de cunho pessoal. Nesta ordem, o prazo prescricional é o do art. 205 do Código Civil vigente, aplicável o caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, MS, 12 de setembro de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sônia Elizabeth de Souza interpõe recurso de apelação visando modificar a sentença que julgou improcedente pedido de sobrepartilha formulado por sua iniciativa contra o Espólio de Luiz Carlos Dutra.

Alega que a prestação jurisdicional buscada é de partilha dos bens omitidos pelo *de cujus* à época da dissolução do casamento (18.02.93), cujo direito lhe assiste em razão de ter tomado ciência após o falecimento daquele e por força do regime de casamento adotado quando da convolação, e não anular a anteriormente realizada.

Sustenta ser meeira em relação aos bens sonegados pelo falecido e nesta circunstância não há se falar em inexistência de vício de vontade no partilhar dos bens ao tempo da separação.

Diz que a defesa de meação tem prescrição regulada pelo art. 205 do Código Civil vigente, por se tratar de discussão sobre direitos pessoais.

Menciona que se não houver sobrepartilha deve ela ser indenizada dos bens omitidos, circunstância que também não insere no prazo prescricional de 4 anos, como entendeu o sentenciante, mas no mesmo das de direitos pessoais.

Alude a aplicação do prazo prescricional do Código Civil vigente em razão da partilha anterior ter transitado em julgado no dia 05.03.93 e aplicando-se, na hipótese, a regra de transição do art. 2028 do

código vigente, o prazo de 10 anos inicia fluência a partir de 11.01.2003 e o termo em 11.01.2013, enquanto que a ação foi ajuizada em outubro de 2011.

Requer provimento do recurso com a consequente remessa dos autos a origem para normal tramitação, inclusive produção de provas, ou até mesmo o julgamento de plano pelo juízo *ad quem*, caso entenda apto à formação da convicção do julgador.

Contrarrazões às f. 251-263.

VOTO (EM 28.8.2013)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Busca a apelante reformar a sentença que, acolhendo a alegação de prescrição (art. 178 do Código Civil vigente e § 9º, inc. V, do art. 178 do CC revogado) deduzida pelo réu, ora apelado, extinguiu, com resolução de mérito, a ação ordinária intentada com o propósito de obter a sobrepartilha dos bens omitidos pelo falecido Luiz Carlos Dutra quando da separação judicial do casal.

O espólio, ao contestar a pretensão da autora apelante, alegou prescrição de seu direito de ação. O magistrado, acolhendo-a, assim fundamentou:

> *"A presente ação visa anular partilha feita em separação judicial consensual homologada judicialmente no ano de 1993. Aqui não se trata de ação de sonegados, previsto no Código Civil nos artigos 1992 e seguintes, a qual se aplica ao direito sucessório. Aqui, ao contrário, a questão se reporta a fato ocorrido entre duas partes presentes e capazes, quais sejam, a autora e seu então marido, Luiz Carlos. Além disso, a ação de sonegados, por fazer parte do direito sucessório, regulamento situações diversas como, por exemplo, aquelas em relação ao inventariante, e em relação a aplicação de penas, as quais nada tem a ver com o caso em tela.*
>
> *A autora alega que aderiu ao acordo de separação de bens induzida em erro, tendo se configurado, segundo o fato que ela aponta, vício de consentimento, na modalidade de erro, dolo ou simulação. O acordo de partilha foi firmado no ano de 1993, época em que vigia o antigo Código Civil, o qual previa em seu artigo 178, § 9º, inciso V, alínea b, que o prazo prescricional para a anulação do contrato era de 04 (quatro) anos.*
>
> *Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está disposta neste sentido:*
>
> *Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA - ANULAÇÃO DE PARTILHA - SEPARAÇÃO CONSENSUAL - PRESCRIÇÃO - REJEIÇÃO – VÍCIO DE CONSENTIMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO - IMPROCEDENCIA DO PEDIDO. - Para a pretensão de anulação da partilha homologada por sentença em ação de dissolução do casamento, não se aplica o prazo prescricional anuo a que aludem os arts. 178, §6º, V, do CC/1916 (vigente à época dos fatos) e o art. 1.029, § único, do CPC, que regulam apenas a anulação de partilha amigável conseqüente ao inventário post mortem, mas sim o quadriênio de prescrição para a anulação dos negócios jurídicos, previsto pelo art. 178, § 9º, V, do CC/1916, com correspondência legislativa ao art. 178 do CC/02. - Em se tratando de partilha consensual dos bens comuns, uma vez passada em julgado a sentença homologatória do acordo, com a definição dos direitos e obrigações recíprocas de ordem patrimonial, apenas se admite a impugnação da divisão efetuada em ação de anulação (art. 486 do CPC), mediante a comprovação de dolo, coação, ou erro essencial, conforme o disposto no art. 1.030 do CC/1916 (com correspondência legislativa ao atual 849 do CC/02). - Se a parte autora não*

fez prova de suas alegações, não se desincumbindo do ônus que lhe recaía para comprovar o vício na manifestação de vontade, deve ser inacolhido o pedido de anulação da partilha (art. 333, I, do CPC). Apelação Cível 1.0105.02.062430-7/001 Data de Julgamento: 21/05/2009.

Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA – PARTILHA DECORRENTE DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL - ALEGAÇÃO DE VÍCIO DO CONSENTIMENTO - PRESCRIÇÃO - CÓDIGO CIVIL DE 1916, ARTIGO 178, PARÁGRAFO 9º, V - OCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. - Conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o lapso prescricional para o ajuizamento desta ação anulatória de partilha decorrente de separação consensual é o estabelecido pelo artigo 178, parágrafo 9º, inciso V, do Código Civil de 1916, vigente à época da homologação da partilha, porque, quando da entrada em vigor do novo Código Civil, já havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no mencionado artigo - regra de transição do artigo 2.028 do novo Código Civil. Apelação Cível 1.0694.10.000217-9/001 Data de Julgamento: 26/01/2012

Assim também a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ também se posiciona nesse mesmo sentido, através de diversos acórdãos, entre eles cito os constantes do Resp 38.977, Resp 6.008, Resp 32.812, Resp 132.171, Resp 62.347, Resp 146324, Resp 37.103

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA HOMOLOGADA NA OCASIÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUATRIENAL. ART. 178, § 9º. FLUÊNCIA DESDE A SENTENÇA. DESCABIMENTO DE POSTERGAÇÃO DO INÍCIO DO PRAZO PARA O MOMENTO DA CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. LEI N. 6.515/77, ARTS. 3º, 8º E 31. I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que é quatrienal a prescrição da ação anulatória de partilha de bens decorrente da separação judicial.

II. Ocorrida a partilha quando da separação judicial, improcede a pretensão de ser computada a fluição a partir da decretação do divórcio, porquanto, nessa ocasião, nada se discutia mais a respeito daquela.

III. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido, para restabelecer a sentença monocrática extintiva do feito.

Assim, observa-se que a pretensão da autora foi alcançada pelo decurso do prazo prescricional. Ora, com a entrada em vigor do novo Código Civil a pretensão já estava prescrita, não havendo que se adotar a regra de transição disposta no artigo 2.028.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido formulado por Sonia Elizabeth de Souza contra o espólio de Luiz Carlos Dutra, julgando extinto o processo com julgamento de mérito com base no artigo 269, IV do CPC.

Condeno a requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 2.000,00, os quais ficam suspensos porque a requerente faz juz à assistência judiciária gratuita conforme constou da decisão do processo 0800040-93.2012. (f. 200-202).

Após atenta análise dos autos, tenho que a sentença merece reforma, já que não vislumbrei pretensão da apelante de debater vício na manifestação de vontade efetivada ao tempo da separação, mas sim de obter a sobrepartilha dos bens que, segundo consta, foram omitidos pelo falecido ao tempo em que houve a separação consensual.

Na espécie, conquanto não se trata de sonegação prevista no art. 1992 do Código Civil em razão desta caracterizar infração e apenar o ocultador, tanto que insere-se no contexto de direito das sucessões, na verdade as pretensões se assemelham, porque em ambas as hipóteses em discussão é a ocultação de bens e, como tal, inserem-se no contexto de sonegação; daí a admissão da ação de sobrepartilha prevista no inc. I do art. 1.040 do CPC, embora neste plano cuida-se do direito de família.

A sobrepartilha é, portanto, meio de complementar a partilha anterior com os bens que, por qualquer razão, não foram partilhados no momento oportuno.

Nesta condição, evidente que o prazo prescricional não é aquele a que se refere a sentença, mas sim o do *caput* do art. 205 do Código Civil/2002.

Aplica-se o código vigente porque quando da sua entrada em vigor, 11.01.2003, as condicionantes estabelecidas no art. 2.028 para a preservação da contagem do tempo do revogado não se faziam presentes. Isto porque, a partilha ocorreu em 05.03.93 e o Código Civil entrou em vigor em 11.01.2003, não transcorrendo, deste modo, mais da metade do prazo anterior quando o novo passou a disciplinar o direito.

E de se levar em conta que o prazo prescricional passou a correr a partir do momento em que a apelante tomou ciência da sonegação, ou seja, com o falecimento de Luiz Carlos, ocorrido em maio de 2011; assim, com muito mais razão é de se afastar a prescrição alegada e reconhecida pelo juízo singular.

Neste sentido a jurisprudência:

> *"A prescrição para a ação que visa a sobrepartilha de bens sonegados em ação de separação judicial é de dez anos, não havendo que falar em seu reconhecimento se a ação foi proposta antes de esgotado o prazo prescricional. Evidenciado nos autos que o bem que se busca a sobrepartilha decorre de sub-rogação de bens exclusivos de um cônjuge havidos antes do casamento, não há direito à divisão dos bens entre o casal. Ausentes os requisitos legais da convivência pública, duradoura e com a finalidade de constituir família após a separação judicial do casal, não há que se falar na configuração da união estável após a dissolução do casamento. Os alimentos devem ser fixados atendendo-se ao binômio necessidade e possibilidade, mantendo-se o valor arbitrado em primeiro grau se a análise do caso concreto assim o determinar. (*TJRO*; APL 0014525-74.2009.8.22.0004; Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia; Julg. 13/10/2011; DJERO 19/10/2011; p. 65).*
>
> *AÇÃO DE SOBREPARTILHA DE BENS SONEGADOS. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO DISTINTOS DA AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO (PARTILHA). DECADÊNCIA. ART. 178 DO CC/2002. NÃO INCIDÊNCIA. DECADÊNCIA AFASTADA. PRESCRIÇÃO. CONFLITO INTERTEMPORAL DE NORMAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 2. 028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRESCRIÇÃO. ART. 205 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Reclamando a parte a partilha tardia de bem supostamente sonegado quando da separação judicial do casal, e não se tratando de ação anulatória de partilha, não há que se falar em aplicação do prazo decadencial de 4 (quatro) anos previsto no ART. 178 do Código Civil/2002, que dispõe exclusivamente sobre o prazo de decadência para a anulação de negócio jurídico. Se a ação refere-se à sobrepartilha de bens sonegados, e não de anulação da partilha já efetivada, o prazo prescricional a ser observado é o de 10 (dez) anos, conforme o disposto no art. 205 do Novo Código Civil. (*TJMG*; APCV 1536231-70.2008.8.13.0183; Conselheiro Lafaiete; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Elias Camilo; Julg. 03/03/2011; DJEMG 05/04/2011)."*

No mesmo sentido precedente do STJ, tanto que em julgado do ano passado, assentou em voto monocrático:

> *"(...) Traçadas estas linhas inicias, verifica-se que o prazo prescricional da ação de sonegados era, para a vigência do Código Civil de 1916, vinterário ex vi do quanto dispunha o artigo 177 do CC anterior, o qual foi reduzido para dez anos, nos termos do atual artigo 205 do CC de 2002, cuja aplicação pressupõe a análise da norma de direito intertemporal prevista no artigo 2028 também do referido Codex. O retromencionado entendimento, frise-se, já foi de algum modo contemplado pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, senão confiram-se os seguintes precedentes: 'AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. PARTILHA. BENS SONEGADOS. AÇÃO. CAUSA DE PEDIR. SOBREPARTILHA. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. 1. O nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição da sua natureza jurídica. Precedentes. 2. Da análise da petição inicial, verifica-se que a pretensão da autora não era a de nulidade da partilha, mas sim a de que os bens e os valores dolosamente sonegados na partilha fossem corretamente divididos, haja vista terem sido adquiridos na constância do casamento, sem o conhecimento da agravada. Busca, na verdade, a recomposição do patrimônio pertencente ao casal antes da separação consensual para posterior sobrepartilha. 3. A pretensão a sobrepartilha de bens não se subordina ao prazo prescricional do art. 178, § 9º, I, c, mas ao disposto no art. 177 do Código Civil de 1916. 4. Na hipótese em exame, aplicando-se a norma de direito intertemporal prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002, tem-se que, quando entrou em vigor o referido código, já havia transcorrido mais da metade do prazo de 20 anos previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. Desse modo, o prazo prescricional aplicável é mesmo o do referido dispositivo legal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento'* (AgRg no Ag 740560/SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 02/08/2010). *'CIVIL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. PARTILHA. BENS SONEGADOS. SOBREPARTILHA. CAUSA DE PEDIR. PRESCRIÇÃO. - O nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição da sua natureza jurídica, que tem a sua definição com base no pedido e na causa de pedir, aspectos decisivos para a definição da natureza da ação proposta. Precedentes. - O prazo prescricional da ação de sonegação de bens em partilha de separação consensual, é regulada pelo Art. 177 do Código Civil. Precedentes' (REsp 509300/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 05/09/2005). In casu, o entendimento adotado pelo v. acórdão recorrido não destoa daquele firmado por esta Corte Superior de Justiça e, portanto, não merece ser reformado"* (STJ, EDcl no REsp 1145257, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, p. 14/08/2012).

Como dito, na inicial a recorrente não discute vício na manifestação de vontade. No caso, pois, há de se afastar a prescrição.

Deixo de examinar o mérito principal da demanda porque o tema envolve dilação probatória, afastando, deste modo, a hipótese do § 3º do art. 515 do CPC.

Conclusão

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para afastar a prescrição.

Determino o retorno dos autos ao juízo singular, para o seu normal prosseguimento, principalmente para a fase instrutória, se assim entender àquele juízo.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 12/09/2013 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. JÚLIO), APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA. SUST. ORAL DR. ELIAS LOURENÇO FERREIRA.

VOTO (EM 12.9.2013)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor análise dos autos e decidi acompanhar o relator, porém por fundamento diverso.

De fato a apelante não pretende na hipótese a nulidade da partilha realizada, mas sim a sobrepartilha, com a divisão de bens que alega teriam sido ocultados pelo cônjuge por ocasião da separação judicial.

Com isso e segundo o que consta dos autos, ficaram foram da partilha já realizada bens comuns do casal. Consequência disso é que ainda possuem bens em condomínio e que pretendem sejam agora partilhados, sendo que o instrumento jurídico que se coloca a disposição dos interessados é a sobrepartilha, perfeitamente possível e prevista no ordenamento jurídico legal.

Com isso, no meu entendimento, realmente não se aplica o prazo prescricional de quatro anos, previsto no art. 178, § 9º, do Código Civil de 1916, como decidiu o juízo *a quo, posto que de sonegados ou nulidade não é o caso.*

Porém, com todo respeito ao relator e a jurisprudência do STJ que o ampara, tenho que não há que se falar em prazo prescricional na hipótese.

Note-se que a prescrição se inicia com a violação do direito ou com a pretensão, contudo, muito embora tenha restado bens sem partilhar anteriormente, não se pode olvidar que se tratam de bens de propriedade comum, cuja partilha é facultativa.

Se não há prazo para partilhar bens comuns, também não se pode cogitar a hipótese de estabelecer prazo para proceder à sobrepartilha.

Sendo o patrímônio comum, este permanece em condomínio até que qualquer das partes manifeste interesse em dividi-lo. Não há prazo para tanto e, se não há prazo para exercer a pretensão, não há prescrição.

Leciona Yussef Said Cahali[1] a respeito:

> *"De Ruggiero assinala que imprescritíveis são também os direitos facultativos, ou seja, as faculdades que pertencem ao titular de um direito em consequência do próprio direito, isto é, manifestações do direito que não exercem o conteúdo sem o esgotar, como a faculdade de edificar sobre o solo, de pedir divisão de coisa comum, os direitos de proprietário.(...) Ou, como se decidiu: "A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão de coisa comum. A ação de divisão de coisa comum é imprescritível Socius contra socium rem communem non prescribit. Mil anos que dure o condomínio, a partilha pode ser sempre provocada, e esse direito não se perde pelo não uso."*

A sobrepartilha de bens comuns do casal, assim como a partilha, consiste em direito postestativo, sem prazo legal para ser exercido e não se sujeita então a prescrição. Assim, finaliza o autor supracitado[2]:

> *"Acrescenta Agnelo Amorim que os direitos potestativos são insuscetíveis de violação. Porém, o exercício desses direitos, judicial ou extrajudicial, pode ou não estar condicionado a um prazo de decadência, dependendo do grau de perturbação social que o não exercício pode causar. Por consequência, para os direitos potestativos subordinados a prazos, o seu decurso sem o exercício implica a extinção do próprio direito; já para aqueles não vinculados a prazo prevalece o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, ou seja, direitos que não se extinguem pelo não uso. Com base nessas premissas, conclui o autor que os direitos potestativos sem prazo fixado na lei são perpétuos, podendo, desse modo, ser exercidos a qualquer tempo, seja por meio de simples declaração de vontade, seja via ação constitutiva."*

1 **Prescrição e Decadência.** São Paulo: RT, 2008, p. 75/76

2 *ob. cit.* p. 76

Ante o exposto, acompanho o relator pelo provimento do recurso de apelação, afastando a prescrição, porém por fundamento diverso.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, MS, 12 de setembro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001272-33.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DE CONDENAÇÃO EM TAXA DE FRUIÇÃO – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – NOVAÇÃO POSTERIOR – PARTE SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO ADIMPLIDA POR MEIO DE PAGAMENTO ADMINISTRATIVO E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – RESOLUÇÃO DO CONTRATO – MEDIDA DESPROPORCIONAL – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – IMPOSIÇÃO A QUEM DEU CAUSA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Apesar de o ordenamento jurídico estabelecer a possibilidade de o contrato ser extinto de forma anômala, mediante resolução antecipada, especialmente quando se opera o inadimplemento absoluto das obrigações pelo devedor ou diante da existência de cláusula resolutiva expressa, os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que informam os contratos, autorizam aplicar de forma excepcional a teoria do adimplemento substancial.

II. Não se permite acolher o pedido calcado na resolução antecipada do contrato quando o objeto do ajuste foi cumprido em quase sua totalidade, visto que, em casos tais, a extinção prematura representaria um prejuízo social muito maior do que a imposição do cumprimento forçado.

III. Apesar da impossibilidade de resolver o contrato para devolver as partes ao *status quo ante*, a incidência da teoria do adimplemento substancial não importa em reconhecimento de quitação integral do contrato, podendo a credora reclamar o pagamento do débito remanescente em via própria.

IV. Diante do princípio da causalidade, ainda que improcedentes os pedidos iniciais, cabe ao devedor demandado pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios por ter dado causa ao ajuizamento da ação.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 12 de novembro de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Anderson Thomaz Limeira, qualificado nos autos da Ação de Rescisão de Contrato com Pedido de Reintegração de Posse e Indenização por Perdas e Danos (feito nº 0001272-33.2011.8.12.0002, da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS) que lhe promove Empreendimentos Imobiliários Recanto das Gaivotas Ltda., também qualificada, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo singular, interpôs Apelação Cível (f. 174-184).

Afirmou, em apertada síntese, que o Juízo *a quo* incorreu em equívoco ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial e, com isso, declarar a rescisão do contrato e determinar a reintegração de posse, constituindo, ainda, o dever de pagar taxa de fruição pelo período de inadimplência, descontando-se, entretanto, o valor das benfeitorias edificadas no imóvel.

Referiu que a dívida referente ao contrato de promessa de compra e venda foi renegociada em determinados períodos, onde se estabeleceu o valor confesso do débito em R$ 21.720,00, a ser pago em 60 meses, com a primeira parcela em 20.07.2008, corrigido anualmente pelo INCC e com as seguintes parcelas: a) 12 parcelas de R$ 280,00; b) 12 parcelas de R$ 320,00; c) 12 parcelas de R$ 360,00; d) 12 parcelas de R$ 400,00; e e) 12 parcelas de R$ 450,00.

Aduziu que, nada obstante as imensas dificuldades que passou para adimplir o débito, vem pagando as parcelas do contrato, inclusive com juros e correção, circunstância esta que, aliada à aceitação da credora no que tange ao recebimento não pontual, afasta a possibilidade de rescisão da avença e reintegração de posse.

Alegou que ajuizou Ação de Consignação em Pagamento, onde teria depositado R$ 4.801,53 e R$ 360,00, cujos valores aliados ao *quantum* já pago administrativamente, no montante de R$ 350,00 mais R$ 7.862,10, conceder-lhe-ia o direito à aplicação do princípio do adimplemento substancial, a tornar incabível a rescisão do contrato, mormente porque restam apenas 9 (nove) parcelas para a quitação do contrato.

Invocou, para a rejeição do pedido inicial, os princípios da função social do contrato, do dirigismo contratual, da boa-fé objetiva, do adimplemento substancial, da dignidade da pessoal humana, bem como o direito à moradia, visto que reside no imóvel com sua mulher e filha menor.

Em vista destas circunstâncias, pediu o conhecimento e provimento do apelo para, em reformando-se a sentença, julgar improcedente o pedido inicial, declarando-se que as parcelas vencidas encontram-se devidamente pagas, mantendo-se, por consequência, o contrato até seu deslinde final.

Intimada, a requerente apresentou contrarrazões (f. 192-202), onde rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por devedor em face de credora, objetivando reformar a sentença que acolheu em parte os pedidos iniciais para: a) declarar rescindido o contrato de compra e venda de imóvel firmado entre os litigantes; b) reintegrar a vendedora na posse do bem; c) condenar o então comprador no pagamento de taxa de fruição.

Uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço da apelação cível e passo ao julgamento do mérito.

Basicamente, a controvérsia jurídica trazida ao conhecimento deste Tribunal cinge-se em definir se houve inadimplemento absoluto do contrato por parte do comprador, a permitir a manutenção da resolução do contrato com suas consequências, ou se está evidenciado o adimplemento substancial do contrato, que autorizaria a manutenção da avença sem prejuízo do direito de a vendedora do imóvel buscar a satisfação do crédito remanescente.

O apelante invocou, para justificar a rejeição do pedido incial, os princípios da função social do contrato, do dirigismo contratual, da boa-fé objetiva, do adimplemento substancial, da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à moradia, visto que reside no imóvel com sua mulher e filha menor.

Compulsando-se atentamente tanto o presente processo quanto os autos em apenso (Ação de Consignação em Pagamento nº 0800350-56.2011.8.12.0002, da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS), firmei a convicção de que a pretensão recursal do comprador, ora apelante, merece ser provida nesta Corte de Justiça, pelas razões que passo a dispor.

É ressabido que os contratos são regidos, em regra, pelo princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*), onde as partes estipulam os direitos e os deveres a serem seguidos, tornando-se lei entre as partes.

Todavia, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, este estatuto de direito privado estabeleceu novas diretrizes a serem seguidas pelos aplicadores do direito, consolidando infraconstitucionalmente a preocupação que o Constituinte de 1988 teve em estabelecer limites tanto ao direito de propriedade quanto à atividade econômica e financeira (art. 5º, XXIII[1] cc art. 170, III[2], da CF/88), visando assegurar, em última análise, sua função social até então ignorada.

Neste passo, o atual Código Civil estabeleceu algumas vigas mestras que devem ser necessariamente observadas no campo da interpretação dos contratos.

Segundo Hamid Charaf Bdine Jr. e Nelson Rosenvald, "*a teoria contratual contemporânea contempla quatro grandes princípios: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato*"[3].

Para o julgamento do presente recurso, o conteúdo de todos estes primados se mostra imprescindível, visto que não se pode cogitar na solução pacífica de um litígio sem dar o máximo valor à autonomia privada, desde que observada a boa-fé objetiva e, principalmente, a função social que deve limitar eventuais abusos.

É bem por isso que o Código Civil passou a estabelecer, em seus artigos 421 e 422, *in verbis*:

> *"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."*
>
> *"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."*

1 Art. 5º (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade;

3 BDINE JR., Hamid Charaf. ROSENVALD, Nelson. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916 – coordenador Cezar Peluso. 5ª ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011. p. 484.

Nelson Rosenvald bem esclarece o conteúdo da função social, em sua acepção interna, ao comentar:

> *"A função social interna concerne à indispensável relação de cooperação entre os contratantes, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os parceiros se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade. Assim, deverão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor."*[4]

De fato, o interesse maior dos contratantes é, sem dúvidas, buscar o cumprimento total das obrigações firmadas, visando a extinção normal da avença pelo adimplemento.

Entretanto, o ordenamento jurídico estabelece a possibilidade de o contrato ser extinto de forma anômala, mediante resolução antecipada, especialmente quando se opera o inadimplemento absoluto das obrigações pelo devedor ou há clausula resolutiva expressa.

Acerca disso, o art. 474, primeira parte, e 475, ambos do CC/2002, prescrevem que "*A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito*", sendo que "*A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos*".

Apesar desta estipulação, a jurisprudência pátria, inspirada no direito comparado e nos princípios informadores da atual teoria do contrato, vem aplicando a teoria clássica do inadimplemento com algumas ressalvas.

Em casos excepcionais, passou-se a não permitir a resolução do contrato quando o objeto do ajuste foi cumprido em quase sua totalidade, tudo a demonstrar que sua extinção prematura representaria um prejuízo social muito maior do que a imposição do cumprimento forçado.

Eis que surge na jurisprudência a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Apesar de este instituto ser tratado com certa timidez na doutrina nacional, certamente por não haver expressa positivação no ordenamento jurídico pátrio, já se mostra possível verificar o fundamento legitimador de sua aplicação.

Sobre o assunto, célebres são as lições de Nelson Rosenvald, para quem:

> *"Tradicionalmente a doutrina não discutia a possibilidade de imposição de limites ao exercício de direitos subjetivos e potestativos. Porém, a doutrina do abuso de direito demonstra que o exercício do direito pode manifestar motivações ilegítimas e ofensivas à função para a qual ele fora concedido pelo ordenamento (art. 187 do CC). O inadimplemento mínimo impede a adoção do remédio resolutório em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor que não tenha suportado adimplir pequena parcela da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas."*[5]

4 ROSENVALD, Nelson. Op cit. p. 485.

5 ROSENVALD, Nelson. Op cit. p. 540.

> *Ainda sobre os lastros que amparam a teoria do adimplemento substancial, Ângelo Pariz invoca o princípio do Favor Debitoris e assenta:*
>
> *"De acordo com o princípio do favor debitoris, a parte mais débil da relação obrigacional deve ser tutelada, de modo que o cumprimento do contrato seja o menos oneroso possível para o devedor hipossuficiente.*
>
> *Registre-se que tal disparidade de tratamento não viola a isonomia contratual, pois a igualdade deve ser vista não no plano das liberdades formais, mas sim no campo das liberdades materiais. Assim, consiste em tratar desigualmente os desiguais, refletindo a evolução da doutrina contratual. Inicialmente presa aos ditames liberais da força obrigatória dos contratos,* ***a relação jurídica obrigacional sofre radical transformação com a intervenção estatal para proteção da parte mais débil. Frise-se, ainda, que os negócios jurídicos celebrados no mundo moderno caracterizam-se como contratos de adesão, devendo ser interpretados contra a parte que o redigiu, orientação já conhecida desde os romanos, como o instituto do favor debitoris****."*[6] *Grifei*

E conclui o mestre citado:

> *"Em suma, o adimplemento substancial consiste em evitar a desproporção de meios para se exigir uma contraprestação, evitando-se os malefícios de uma resolução quando, do quadro geral da obrigação, se pode divisar um adimplemento suficiente a impedir a ruptura do pacto, entendendo tal adimplemento como se fosse o integral para manutenção do status quo contratual, podendo a parte exigir apenas o restante, sem sacrificar o todo."*

Tecidas essas necessárias considerações, no que tange ao caso em julgamento, tenho que, respeitada a convicção do juízo de primeiro grau, o pedido de resolução do contrato deve ser julgado improcedente, exatamente em razão do reconhecimento do adimplemento substancial por parte do requerido.

Explico o porquê.

É incontroverso nos autos que as partes litigantes firmaram, em 31.05.2004, **um primeiro contrato** de compromisso de compra e venda de imóvel no loteamento Novo Horizonte, em Dourados/MS (f. 16-20), onde estipularam o preço parcelado de R$ 12.000,00 (doze mil reais), a ser pago em 60 parcelas da seguinte forma: a) 12 parcelas de R$ 135,00; b) 12 parcelas de R$ 180,00; c) 12 parcelas de R$ 205,00; d) 12 parcelas de R$ 225,00; e) 12 parcelas de R$ 255,00.

Conforme o contrato, as parcelas seriam reajustadas anualmente pelo INCC/FGV e eventual mora encerraria o direito de a vendedora cobrar multa de 2%, acrescido de atualização e juros de mora de 0,23% ao dia.

Consta dos autos que, das 60 parcelas, o comprador, ora requerido-apelante, adimpliu apenas 5 (cinco), que totalizaram R$ 870,00 (f. 21).

Diante da realidade que informava a contratação, os interessados resolveram novar a obrigação, firmando novo contrato em substituição do anterior.

6 PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **A teoria do adimplemento substancial**. Publicado na Revista Fonte do Direito, Ano I, n. 1, Mar./Abr. 2010, p. 18. Disponível em: <http://www.fontedodireito.com.br/artigos/a-teoria-do-adimplemento-substancial>. Acesso em: 25 out. 2013.

No **segundo contrato** de compromisso de compra e venda (f. 23-27), os contratantes estipularam um novo preço parcelado, no montante de R$ 15.828,00 (quinze mil oitocentos e vinte e oito reais), a ser pago em 48 parcelas da seguinte forma: a) 12 parcelas de R$ 200,00; b) 36 parcelas de R$ 373,00.

Restaram mantidos os mesmos encargos, ou seja, as parcelas seriam reajustadas anualmente pelo INCC/FGV e eventual mora encerraria o direito de a vendedora cobrar multa de 2%, acrescido de atualização e juros de mora de 0,23% ao dia.

Novamente, o promissário comprador não conseguiu cumprir o contrato, vindo a adimplir apenas as 4 parcelas iniciais das 48 estipuladas no contrato, totalizando R$ 896,00.

Diante da impossibilidade de cumprir o contrato e certamente atento ao fato de que a credora não poderia ter mais prejuízos causados pelo tempo, os interessados resolveram novamente firmar uma novação, em substituição do contrato anterior.

Neste **terceiro contrato** de compromisso de compra e venda (f. 29-33), os contratantes estipularam um novo preço parcelado, no montante de R$ 21.720,00 (vinte e um mil setecentos e vinte reais), a ser pago em 60 parcelas da seguinte forma: a) 12 parcelas de R$ 280,00; b) 12 parcelas de R$ 320,00; c) 12 parcelas de R$ 360,00; d) 12 parcelas de R$ 400,00; e) 12 parcelas de R$ 450,00.

Restaram igualmente mantidos os mesmos encargos acessórios, vale dizer, as parcelas seriam reajustadas anualmente pelo INCC/FGV e eventual mora encerraria o direito de a vendedora cobrar multa de 2%, acrescido de atualização e juros de mora de 0,23% ao dia.

Deste último contrato, o promissário comprador logrou quitar, ainda que com juros e correção, 16 (dezesseis) parcelas mensais (f. 34), no total de R$ 5.746,1, com último pagamento realizado em 21.12.2010.

Considerando-se que o promissário comprador passou a não mais ter condições de cumprir o contrato, a promitente vendedora, interessada no recebimento de seu crédito, concedeu em favor do devedor o prazo de até dezembro de 2010 para quitar todas as parcelas atrasadas, colocando em dia o pagamento do lote. Esta circunstância é afirmada pela própria apelada em suas contrarrazões (f. 195).

Assim, sob o fundamento de que o devedor deixou de cumprir injustificadamente o contrato, a credora ajuizou, em 28.01.2011, a presente ação de rescisão de contrato com pedido de reintegração de posse e perdas e danos, especialmente em razão da existência de cláusula resolutiva expressa.

Por seu turno, antes de ser citado para responder à ação ordinária acima referida (citação em 23.05.2011), o requerido ajuizou a Ação de Consignação em Pagamento nº 0800350-56.2011.8.12.0002, isto em 17.03.2011, afirmando que "*no mês de janeiro de 2011, o Autor compareceu na sede da Requerida para quitar as oito parcelas em atraso (meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2010), no total de R$ 3.000,00 (três mil reais), e também, pegar o próximo carnê, dando assim continuidade no contrato. Contudo, o autor foi surpreendido pela recusa injustificada da Requerida em receber as parcelas em atraso, frustrando sua tentativa de quitar a dívida e prosseguir com o pactuado.*"

Diante da perspectiva retratada na consignatória, o devedor passou a consignar nos autos em apenso nº 0800350-56.2011.8.12.0002 o valor das parcelas do contrato, tendo realizado os seguintes depósitos:

Depósitos realizados na Ação de Consignação em Pagamento nº 0800350-56.2011.8.12.0002			
PARCELA	**DATA**	**VALOR**	**FOLHA**
17/60; 18/60; 19/60; 20/60; 21/60; 22/60; 23/60; 24/60; 25/60; 26/60; 27/60; 28/60;	12.05.2011	R$ 4.801,53	73
29/60	20.05.2011	R$ 360,00	77
30/60	20.06.2011	R$ 360,00	79
31/60	20.07.2011	R$ 360,00	82
32/60	17.08.2011	R$ 360,00	89
33/60	19.09.2011	R$ 360,00	91
34/60	18.10.2011	R$ 360,00	93
35/60	21.11.2011	R$ 360,00	96
36/60	20.12.2011	R$ 360,00	100
37/60	24.01.2012	R$ 436,02	101
38/60	28.02.2012	R$ 436,71	105
39/60	09.04.2012	R$ 438,04	110
40/60	08.05.2012	R$ 437,75	113
41/60	11.06.2012	R$ 438,10	169
42/60	06.07.2012	R$ 437,61	178
43/60	01.08.2012	R$ 436,88	190
44/60	10.09.2012	R$ 453,13	205
45/60	17.10.2012	R$ 451,96	209
46/60	20.11.2012	R$ 448,32	214
47/60	29.11.2012	R$ 445,03	219
48/60	20.12.2012	R$ 435,00	233
49/60	21.01.2013	R$ 481,77	236
50/60	18.02.2013	R$ 481,77	249
51/60	-	-	-
52/60	19.04.2013	R$ 481,77	269
53/60	-	-	-
54/60	-	-	-
55/60	-	-	-
56/60	-	-	-
57/60	-	-	-
58/60	-	-	-
59/60	-	-	-
60/60	-	-	-

Nada obstante eventual impontualidade nos depósitos e divergência no que tange aos encargos incidentes sobre o atraso, certo é que, globalmente, quase a totalidade do contrato restou cumprido pela parte devedora, visto que, ignoradas eventuais divergências do valor atualizado de cada parcela, restariam apenas 09 (nove) parcelas das 60 (sessenta) estipuladas no contrato.

Nesta ótica, afigura-me necessário reconhecer que houve o adimplemento substancial do contrato, fato que impossibilita a resolução da avença, com as consequências daí advindas.

Neste particular, é importante salientar que, apesar da impontualidade do devedor, percebe-se que a promitente vendedora jamais deixou de demonstrar interesse no cumprimento do contrato, sendo que o inadimplemento das obrigações assumidas certamente se deu pela hipossuficiência financeira do adquirente.

Conforme se dessume do demonstrativo de f. 10, o promissário comprador é técnico em mecânica de compressores e percebia mensalmente, pelo menos em janeiro de 2011, a quantia líquida de R$ 572,73, valor este que, além das parcelas assumidas com a promitente vendedora, fatalmente servia para o sustento próprio e de sua família.

Não se pode negar, diante disso, que a boa-fé objetiva do comprador se manteve durante todo o período de vigência do terceiro contrato de promessa de compra e venda firmado, visto que arcou, ainda que de forma impontual, com quase a totalidade das parcelas, consignando-as em juízo.

Assim, estando claro que o inadimplemento não se deu por má-fé, mas sim por dificuldade financeira, impõe-se tutelar a parte mais débil da relação obrigacional, com vistas a resolver o litígio da maneira menos onerosa para o devedor hipossuficiente.

Não se pode negar, apenas para argumentar, que tanto o contrato originário trazido aos autos quanto as novações posteriores são de adesão, visto que padronizados nos exatos termos do interesse da vendedora.

Nada obstante a questão não seja objeto destes autos, percebe-se que o contrato incluiu encargos de mora bastante superiores ao praticado até mesmo pelas instituições financeiras, visto que impôs ao devedor, em caso de atraso no pagamento de cada parcela, o percentual diário de juros moratórios na ordem de 0,23%, representando mensalmente 6,9% de juros e, anualmente, 82,8%.

Sem adentrar ao mérito da legalidade deste encargo, visto que não faz parte do julgamento, certo é que ele demonstra à saciedade o desequilíbrio existente entre a empresa que comercializa lotes e aquele que adquiriu o imóvel, a justificar a aplicação do já citado princípio do *favor debitoris* para defender a parte menos favorecida da relação material.

A manutenção da sentença, importa ressaltar, acarretaria o fomento de um iniludível abuso de direito por parte da vendedora, visto que esta passaria a recuperar não apenas o imóvel, mas ainda receber taxa de fruição que, por certo, consumiria a totalidade dos valores já pagos pelo comprador.

Ao cabo, apesar de faltarem apenas nove parcelas para o pagamento total do contrato (além, é óbvio, do valor de eventual divergência entre o valor contratado e aquele consignado) o comprador perderia o imóvel, as parcelas já pagas e, além disso, passaria a ser devedor de um montante considerável a título de taxa de fruição, sacrifício este que me afigura completamente ilógico e desarrazoado frente ao panorama retratado no processo e às condições das partes.

Adequa-se perfeitamente, neste caso, a lição já citada do Doutor Rosenvald, visto que na hipótese "*o desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas*".

Assim, entendo que a solução mais acertada para compor o litígio social é não acolher o pedido de resolução do contrato, visto que se encontra inadimplido em parte mínima, o que não importa, todavia, em reconhecimento de quitação da integralidade do contrato, podendo a credora reclamar o pagamento do débito remanescente para só então transferir o imóvel, cujo valor haverá de ser discutido em via própria.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes confirmando o acerto desta solução. Veja-se:

> *"DIREITO CIVIL. CONTRATO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. OTN COMO INDEXADOR. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL QUANTO AO NÚMERO DE PARCELAS A SEREM ADIMPLIDAS. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. AFASTADA. INADIMPLEMENTO MÍNIMO VERIFICADO. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA CABÍVEL. APLICAÇÃO DA EQUIDADE COM VISTAS A CONSERVAÇÃO NEGOCIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.*
>
> *1.- Demanda entre promitente vendedor e promitente comprador que se comprometeu a pagar o valor do imóvel em parcelas indexadas pela já extinta OTN. Na ocasião, as partes acordaram que o adquirente arcaria com um valor equivalente a certo número de OTN's estabelecido no contrato. No entanto, no instrumento particular de compra e venda não restou definida o número de prestações a serem pagas.*
>
> *2.- O Tribunal de origem sopesou o equilíbrio entre o direito do adquirente de ter o bem adjudicado, após pagamento de valor expressivo, e o direito do vendedor de cobrar eventuais resíduos.*
>
> *Nesse diapasão, não há que se falar em violação do dispositivo mencionado referente à equidade. O artigo 127 do Código de Processo Civil, apontado como violado, não constitui imperativo legal apto a desconstituir o fundamento declinado no acórdão recorrido no sentido de se admitir a ação do autor para garantir o domínio do imóvel próprio, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente.*
>
> *3.- Aparente a incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial, pois na verdade, tais institutos coexistem perfeitamente podendo ser identificados e incidirem conjuntamente sem ofensa à segurança jurídica oriunda da autonomia privada 4.- No adimplemento substancial tem-se a evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para a verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as conseqüências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato. Nessa linha de pensamento, devem-se observar dois critérios que embasam o acolhimento do adimplemento substancial: a seriedade das conseqüências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida.*
>
> *5.- Recurso Especial improvido."* (Resp 1215289/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 21/02/2013)
>
> *"DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.*
>
> *1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".*

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, consequentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido." (Resp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido." (Resp 272739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

Sendo assim, estando a sentença em desacordo com o entendimento ora firmado, impõe-se dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo promissário comprador, para julgar improcedente o pedido inicial, sem, entretanto, inverter os ônus sucumbenciais.

É que a requerente não pode ser condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais, conforme solicitado pelo apelante, tendo em vista o princípio da causalidade.

Como bem estabelece o Superior Tribunal de Justiça, "Aquele que der causa à instauração da demanda ou do incidente processual deve arcar com despesas dela decorrentes, segundo o princípio da causalidade" (AgRg no Ag 1249474/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010).

Esta orientação foi ratificada pela Primeira Seção do STJ ao julgar o Resp 1.111.002-SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

Diante disso, não há dúvidas que a presente ação somente foi ajuizada por conta da desídia do requerido em pagar pontualmente as parcelas do contrato, circunstância que autoriza impor-lhe o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Considerando-se que o julgador de primeiro grau não condenou o requerido no pagamento dos ônus sucumbenciais, por entender incabível diante da gratuidade da justiça, sabe-se que o benefício legal não autoriza a isenção, mas somente a suspensão da exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Logo, também é de rigor reformar a sentença na parte em que estipulou os ônus sucumbenciais, para condenar o requerido no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo por equidade, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, em R$ 2.000,00 (dois mil reais), o que faço levando-se em consideração o valor da causa (R$ 15.000,00), o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Entretanto, como já afirmado, a exigibilidade destes encargos ficará suspensa nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço da apelação cível interposta por Anderson Thomaz Limeira e lhe dou parcial provimento para, em se reformando a sentença hostilizada, julgar improcedentes os pedidos iniciais, no entanto, tendo o devedor dado causa ao ajuizamento da ação, condeno o requerido-apelante ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo por equidade, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

A exigibilidade destes encargos deverá ficar suspensa nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, visto que o requerido é beneficiário da justiça gratuita.

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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 12 de novembro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0009024-98.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – PROCEDIMENTO ESTÉTICO MAL SUCEDIDO – BIOPLASTIA – PRELIMINAR DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CLINICA MÉDICA – APLICAÇÃO DE PRODUTO DUVIDOSO – POLIMETILMETACRILATO (PMMA) – ANÚNCIOS PUBLICITÁRIOS DESTACANDO A SEGURANÇA DO PROCEDIMENTO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA DA MÉDICA RESPONSÁVEL – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A PACIENTE TENHA SIDO ALERTADA DOS RISCOS E POSSÍVEIS SEQUELAS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS REQUERIDAS – DANOS MATERIAIS – CONDENAÇÃO RESTRITA AOS DEVIDAMENTE COMPROVADOS – RELAÇÃO CONTRATUAL – JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM DESDE A DATA DO DESEMBOLSO – INVIABILIDADE DE SE CONDENAR AS REQUERIDAS A ARCAREM COM FUTUROS TRATAMENTOS, ANTE A AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DA CONVENIÊNCIA E PERTINÊNCIA TÉCNICA – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A CITAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – VERBA SUCUMBENCIAL PROPORCIONALMENTE DISTRIBUÍDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, A FIM DE CONDENAR AS REQUERIDAS, SOLIDARIAMENTE, AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS, MORAIS E ESTÉTICOS.

1. Havendo impugnação à fundamentação da decisão recorrida, impõe-se o conhecimento do recurso, motivo pelo qual se afasta a preliminar de não observância ao princípio da dialeticidade.

2. Conforme previsto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da clínica médica é objetiva, vez que o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos dos procedimentos realizados. A responsabilidade objetiva somente pode ser afastada se o fornecedor do serviço provar que o defeito inexiste ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; não é a hipótese dos autos, em que não restou demonstrada qualquer responsabilidade da paciente. No caso, o defeito se constata pelo fato de ter sido utilizado produto duvidoso e de risco conhecido na área médica, além de se verificar que a propaganda veiculada pela clínica ressaltava a segurança do procedimento. Aplicação de polimetilmetacrilato (PMMA). Bioplastia.

3. O tratamento estético é prestação de serviço médico de resultado. Logo, não é suficiente que o profissional demonstre a utilização de técnicas adequadas, mas que o resultado obtido seja aquele almejado pelo paciente, ao menos com melhora do quadro anterior. Assim, ao profissional médico imputa-se responsabilidade subjetiva com culpa presumida. Na hipótese, não foi demonstrado que a paciente tenha sido informada sobre os riscos e possíveis consequências do procedimento realizado. Responsabilidade das requeridas constatada.

4. Se a obrigação era de resultado e este não foi atingido resta evidente a obrigação de ressarcimento dos danos materiais suportados pela autora. Os danos materiais devem ser comprovados

por meio de prova documental. Condenação que se restringe aos danos efetivamente demonstrados. Juros de mora em 1% ao mês desde a citação e correção monetária desde o desembolso.

5. Pretensão de pagamento de futuros tratamentos e possíveis intervenções cirúrgicas inviáveis, vez que não demonstrada a conveniência ou pertinência técnica desses tratamentos, os quais sequer foram especificados. Perícia não conclusiva no sentido da conveniência de realização de cirurgia reparadora, em razão de possíveis cicatrizes ou sucesso duvidoso.

6. A frustração da perspectiva de embelezamento, os indiscutíveis transtornos suportados pela autora, que ficou com cicatriz no rosto (em uma das narinas) e manchas escuras na região das nádegas, ultrapassam o mero aborrecimento. Indenização devida.

7. Dano estético, em resumo, é qualquer alteração externa da aparência humana que, em relação à situação anterior, promova piora estética da pessoa, no caso, perfeitamente perceptível pelas fotografias e laudo pericial acostados aos autos. Para quantificar o dano estético devem ser considerados fatores como a extensão do dano, a localização da lesão e a possibilidade de tratamento, a fim de tornar o problema menos perceptível, e as condições das partes. Juros de mora em 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM desde a citação - relação contratual.

8. Em observância ao disposto no art. 20, § 3º e alíneas, do CPC, especialmente a complexidade da causa e grau de zelo profissional, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação. Em razão da sucumbência recíproca e parcial - art. 21 do CPC - vez que a autora decaiu de um de seus pedidos - pagamento de futuras cirurgias e procedimentos – condena-se esta ao pagamento de 25% e as requeridas a 75% do ônus sucumbências.

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, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 12 de novembro de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Eliete Aparecido Cândido, qualificada nos autos de ação de indenização que promove em face de Clínica Médica Luciana Matos Ltda. e de Luciana de Matos Milfont Sobreira, igualmente qualificadas, inconformada com a sentença de improcedência proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS (f. 744-753), por ter considerado ausente o nexo causal entre o dano e a atuação das apeladas, interpôs apelação cível.

Alega (f. 780-809) que parecer do Conselho Regional de Medicina reconheceu fortes indícios de que a apelada tenha infringido inúmeros artigos do Código de Ética Médica, sem contar o fato de ter sido comprovado que a apelada nunca realizou qualquer exame na autora para verificar se a mesma poderia se submeter ao procedimento estético realizado, demonstrando sua negligência.

Esclarece ter havido a comprovação do nexo entre o dano e as condutas das apelantes, pelos depoimentos prestados nos autos.

Argumenta que a segunda apelada, Dra. Luciana, está inscrita no CRM/MS apenas como Clínica Médica, e não como endocrinologista e especialista em medicina estética, como se intitula nos anúncios de sua clínica.

Além disso, em que pese tenha juntado aos autos uma declaração referente ao Curso de Pós-Graduação em Medicina Estética, o documento esclarece que a aluna referida necessitava ainda de aprovação de monografia para o recebimento do diploma. Logo, a apelada não possui diploma na área de medicina estética, exercendo esta profissão irregularmente.

Diz que não há dúvida quanto à ilicitude do ato praticado pelas apeladas, estando presentes os requisitos para a sua responsabilização, ou seja, a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano e nexo causal entre uma e outra.

Afirma que os danos materiais, morais e estéticos estão comprovados, pois, mesmo após sete anos da realização do procedimento, continua com sequelas.

Sendo assim, requer seja seu recurso conhecido e provido a fim de que seja reformada a sentença hostilizada, julgando procedentes os pedidos da exordial.

Contrarrazões às f. 814-844, com o levantamento da preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, por ter a apelante copiado os termos das alegações finais em sua peça recursal.

VOTO

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

Consoante relatado, Eliete Aparecido Cândido, qualificada nos autos de ação de indenização que promove em face de Clínica Médica Luciana Matos Ltda. e de Luciana de Matos Milfont Sobreira, igualmente qualificadas, inconformada com a sentença de improcedência proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS (f. 744-753), por ter considerado ausente o nexo causal entre o dano e a atuação das apeladas, interpôs apelação cível.

Narra a inicial que a autora, em razão de procedimento estético - aplicação de PMMA (polimetilmetracrilato) - no rosto e nas nádegas, ficou com sequelas nessas regiões.

Pretende-se a procedência dos pedidos, a fim de que as demandadas sejam condenadas solidariamente ao pagamento integral de todo o tratamento necessário para recuperar as lesões sofridas na face (região nasal) e nos glúteos, incluindo-se o pagamento da medicação necessária, cirurgia reparadora; mais danos materiais, morais e estéticos.

Sobreveio a sentença de improcedência, sob argumento de que não foi comprovada conduta imperita da médica-ré e porque não se estabeleceu nexo causal entre a conduta da Clinica médica e os danos suportados pela autora.

Preliminar - afronta ao princípio da dialeticidade

Em sede de contrarrazões foi arguida preliminar de não conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade, sob o argumento de que as razões do apelo são cópia daquelas expostas nas alegações finais.

No entanto, apesar de o recurso de apelação repetir grande parte dos argumentos alçados nas alegações finais, verifica-se que a apelante observou o princípio da dialeticidade, informando os fatos e fundamentos jurídicos do seu ataque à sentença, possibilitando, assim, a delimitação da atividade jurisdicional em segundo grau, requisito objetivo para recorrer.

Portanto, havendo impugnação à fundamentação da decisão recorrida, impõe-se o conhecimento do recurso, motivo pelo qual afasto a preliminar de não observância ao princípio da dialeticidade.

Preenchidos todos os pressupostos, passo à análise das razões do recurso.

Do mérito

Alega-se, em síntese: ter o parecer do Conselho Regional de Medicina reconhecido fortes indícios de que a apelada tenha infringido inúmeros artigos do Código de Ética Médica; que a apelada nunca realizou qualquer exame na autora para verificar se a mesma poderia se submeter ao procedimento estético realizado, demonstrando sua negligência; que houve comprovação do nexo entre o dano e as condutas das apelantes, pelos depoimentos prestados nos autos; que a segunda apelada, Dra. Luciana, está inscrita no CRM/MS apenas como Clínica Médica, e não como endocrinologista e especialista em medicina estética, como se intitula nos anúncios de sua clínica, vez que sequer concluiu o curso de pós-graduação de medicina estética; que não a dúvida quanto à ilicitude do ato praticado pelas apeladas, estando presentes os requisitos para sua responsabilização, o seja, a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano e nexo causal entre uma e outra e que os danos materiais, morais e estéticos estão comprovados, pois, mesmo após sete anos da realização do procedimento, continua com sequelas.

Pois bem, é incontroverso nos autos que a autora ficou com sequelas estéticas em decorrência do procedimento estético a que se submeteu na Clínica demandada (fotos 62-72), sendo também incontroverso que a profissional responsável pelo procedimento foi a médica Dra. Luciana de Matos Milfont Sobreira.

Da responsabilidade civil objetiva e da obrigação de resultado - em relação a clinica médica

Conforme previsto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da clínica é objetiva, vez que o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. *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."*

A respeito, cito entendimento de SERGIO CAVALIERI FILHO: *"Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes."*[1]

Ademais, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a cirurgia plástica - aqui equiparada a procedimento estético - é uma obrigação de resultado e não de meio, como ocorre com as demais especialidades médicas.

1 Programa de Responsabilidade Civil /Sergio Cavalieri Filho. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 382.

RUI STOCO, na obra acerca da Responsabilidade Civil, ensina que:

> *"Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação. O resultado é, portanto, o objetivo do contrato. Ou consegue o resultado avençado ou deve arcar com as conseqüências (...)."* [2]
>
> *ANTONIO JEOVÁ SANTOS, escorado nos irmãos Mazeaud, afirma que 'as obrigações de resultado são mais visíveis nos contratos e o interessa da distinção está situado na distribuição do ônus da prova. A responsabilidade do devedor, nas obrigações de resultado, é presumida, a menos que ele mostre que o resultado foi alcançado (...), segundo o contido no Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil v.1, t.I, § 127 e s.* (Dano Moral Indenizável. São Paulo: Lejus, 1997, p. 87)*'.*[3]
>
> *"Em resumo, a Teoria do Resultado aplica-se, como regra, às relações contratuais entre o particular e os profissionais e prestadores de serviço."* [4]
>
> *"A relação entre o hospital e paciente caracteriza-se como de consumo, qualificando-se o hospital como autêntico prestador de serviços, nos termos dos arts. 2º e 3º, § 2º da Lei 8.07890, respondendo objetivamente pelos danos causado ao paciente ou a sua família* (TAMG – 2ª C. Ap. 272.125-5 – Rel. Batista Franco – j. 23.03.99 – RT 774396)*."* [5]

Dessa forma, apesar de não se estar tratando na presente hipótese de cirurgia plástica propriamente dita, o entendimento aplicável é o mesmo, porque o serviço médico prestado pela clínica/apelada tem a destinação de melhora estética, por meio da técnica da bioplastia.

A responsabilidade objetiva somente pode ser afastada se o fornecedor do serviço provar que o defeito inexiste ou que houve culpa exclusiva do consumidor/paciente ou de terceiro; não é a hipótese dos autos, em que não restou demonstrada qualquer responsabilidade da paciente.

O defeito ocasionado decorre do fato de que no procedimento estético foi utilizado produto duvidoso e de risco conhecido na área médica.

Segundo o Conselho Federal de Medicina, o produto utilizado na bioplastia, polimetilmetacrilato (PMMA), revelou-se duvidoso, havendo várias publicações sobre complicações graves de sua aplicação, cujo conhecimento presume-se ter a clínica médica e a profissional que atendeu a paciente/autora, em virtude da atividade/profissão que exercem.

Tanto é, que logo após o referido procedimento estético ter sido adotado, foi expedido, ainda no ano de 2006, alerta público sobre procedimentos de preenchimento estético com o produto (PMMA), ressaltando que não havia estudos sobre o comportamento no corpo humano a longo prazo, sobretudo em grandes volumes e intramuscular[6].

Vê-se que bem antes do referido alerta público acerca dos riscos do PMMA, revista de circulação nacional, já alertava nesse sentido, vejamos reportagem vinculada pela Revista Veja, em 17 de agosto de 2005:

> *"(...) Essa euforia toda é vista com cautela pela maioria dos médicos. "Há uma popularização e uma banalização muito grande. Uma das conseqüências é que qualquer profissional se acha no direito de fazer esse tipo de tratamento, o que é temerário", alerta*

2 Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência – Rui Stoco. – 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 547.
3 Idem, p. 547.
4 Idem, p. 548.
5 Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência – Rui Stoco. – 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 551.
6 http://www2.cirurgiaplastica.org.br/old_963852741/index.php?option=com_content&view=article&id=87:conselho-federal-de-medicina-restringe-a-utilizacao-da-bioplastia&catid=45:press-release&Itemid=86

> *o dermatologista Sergio Talarico, coordenador do setor de cosmiatria da Universidade Federal de São Paulo. "Além disso, não há um trabalho de respaldo, com metodologia científica, que comprove a segurança do procedimento a longo prazo, principalmente na aplicação de grandes volumes", lembra. A secretária Júlia (que prefere não dar o nome verdadeiro), de Campinas, começou a notar pequenos nódulos no lábio alguns dias depois da bioplastia a que se submeteu. "A médica disse que passaria, mas oito meses depois senti que estavam aumentando. Agora, após dois anos, ainda tenho cinco carocinhos duros e doloridos na parte interna do lábio. No resto do rosto, sinto como se o produto estivesse pesando e puxando a pele para baixo", diz ela, que pretende tentar a remoção cirúrgica. Segundo o cirurgião plástico Rodrigo Gimenez, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, os riscos mais comuns são hipercromia (mancha no local do implante), formação de nódulos, necrose, retração e endurecimento da região tratada. Nada que assustasse a pedagoga Mônica Garcia, de São Paulo. "Preferi correr o risco futuro a ficar como estava", diz ela, que recorreu à bioplastia na perna para reparar as saliências e reentrâncias de uma lipoaspiração malfeita. No momento, ninguém segura a onda."*[7]

Muito embora o produto, à época do procedimento, não fosse de uso proibido pela Anvisa, ao optar por fazer uso dele, sabendo das consequências incertas, a clínica, assim como a profissional médica, assumiram o risco de causar danos à saúde da paciente, não se tratando, portanto, as sequelas constatadas na autora de fato imprevisível.

Cabe ainda ressaltar, que foram feitos anúncios publicitários destacando a segurança do procedimento (fl. 37). Logo, fica evidente que a paciente não foi informada do sério risco de infecção e até mesmo de necrose a que seria exposta com o tratamento.

Na qualidade de fornecedora de serviço, a clínica médica violou os art. 6º, I e III, e 31 do CDC, devendo ser responsabilizadas pelos danos decorrentes de sua conduta.

Da responsabilidade subjetiva da profissional médica - segunda apelada

De acordo com o § 4º do art. 14 do CDC, "*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*."

Como já dito acima, o tratamento estético é prestação de serviço médico de resultado. Logo, não é suficiente que o profissional demonstre a utilização de técnicas adequadas para o procedimento, mas que o resultado obtido seja aquele almejado pelo paciente, ao menos com melhora do quadro anterior. Assim, ao profissional médico imputa-se responsabilidade subjetiva com culpa presumida.

Sobre o tema, Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, 6ª ed., p. 534, ensina:

> *"No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, consequentemente, sentir-se psiquicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe ilidi-la com a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico."* (STJ, 3ª T. – Resp 81.101- Rel. Waldemar Zveiter – j. 13.04.99 – RT 767/111 e RSTJ 119/290, grifo nosso).

Nesse sentido destaco precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO*

7 http://veja.abril.com.br/170805/p_106.html

DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/ STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. (...) (STJ - AgRg nos Edcl no AREsp: 328110 RS 2013/0110013-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. JULGAMENTO EM SINTONIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. CULPA DO PROFISSIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RAZOABILIDADE. I - A jurisprudência desta Corte orienta que a obrigação é de resultado em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos. II - Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que não ocorreu no presente caso. III - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido. Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no Ag: 1132743 RS 2008/0274849-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 16/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2009)

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA - NATUREZA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - CULPA DO CIRURGIÃO PRESUMIDA - PLANO DE SAÚDE - PROCEDIMENTO ESTÉTICO NÃO AUTORIZADO - RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO INEXISTENTE - MÉDICO NÃO ESPECIALISTA - DESÍDIA NA INDICAÇÃO - RESPONSABILIDADE - DANOS ESTÉTICOS E DANO MORAL - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - FUNDAMENTOS DISTINTOS - JULGAMENTO ULTRA PETITA - NULIDADE DO EXCEDENTE. (TJ-MS - AC: 21397 MS 2006.021397-3, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de Julgamento: 08/01/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 04/02/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM FINALIDADE MERAMENTE ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO RÉU QUE, IN CASU, NÃO PODE SER AFASTADA. DEVER DE INDENIZAR OBSERVADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ***No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, consequentemente, sentir-se psiquicamente melhor, estabelece-se numa obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe ilidi-la com a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico*** *(STJ - 3ª T. - Resp. 81.101 - Rel. Waldemar Zveitter, j. em 13/04/99). O dever de esclarecimento deve ser completo - fundamentalmente nas cirurgias de cunho estético - de modo a prestar ao paciente consumidor informações exaurientes, de tal forma que, ciente de todos os possíveis riscos, consequências e efeitos, possa tomar sua decisão diante do procedimento cirúrgico proposto pelo médico. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVERSÃO. 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ARTIGO 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.* (TJ-SC - AC: 379882 SC 2008.037988-2, Relator: Edson Ubaldo, Data de Julgamento: 10/06/2010, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Criciúma)

> *DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. CIRURGIA ESTÉTICA. INSUCESSO. COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. I. EM SE TRATANDO DE CIRURGIA ESTÉTICA, A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS É SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA, PORQUANTO O MÉDICO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, DE SORTE QUE,* ***HAVENDO INSUCESSO, A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL É PRESUMIDA****. II. COMPROVADO QUE O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CONTRIBUIU PARA PIORAR A APARÊNCIA DA PACIENTE, CABÍVEL A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. III. O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER DETERMINADO POR CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, OBSERVANDO-SE AS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DAS PARTES ENVOLVIDAS, A NATUREZA E A EXTENSÃO DO DANO. IV. NEGOU-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS.* (TJ-DF - APC: 20100510012443 DF 0001236-54.2010.8.07.0005, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 03/07/2013, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/07/2013 . Pág.: 183)

> *RESPONSABILIDADE CIVIL Ação reparatória fundada em aventado erro médico, decorrente de cirurgia de redução mamária (mamoplastia redutora) Evidências da correlação do dano estético sofrido pela paciente e o procedimento realizado pelo médico Provas documentais (laudo pericial e fotografias) a demonstrar o insucesso da intervenção Fato a denotar imperícia, negligência e imprudência do profissional que prestou o serviço Cirurgia estética que tem dever de resultado e não apenas de meio Obrigação de reparar caracterizada Danos morais fixados em valor exacerbado Redução de R$ 60.000,00 para R$ 30.000,00 Danos materiais Determinação de pagamento das despesas atinentes à correção estética da lesão, a ser apurada em artigos de liquidação Apelo provido em parte.* (TJ-SP - APL: 9067584582005826 SP 9067584-58.2005.8.26.0000, Relator: Galdino Toledo Júnior, Data de Julgamento: 20/09/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/09/2011)

Na presente demanda, são incontroversas as sequelas resultantes do tratamento estético - cicatrizes no rosto da autora e manchas de coloração escura em suas nádegas - realizado com substância duvidosa. E, ainda, resta demonstrada a negligência/imprudência da médica ao violar o dever de informação à consumidora sobre a insegurança e as possíveis consequências da utilização da substância polimetilmetacrilato (PMMA) no corpo humano para fins estéticos.

Em relação às informações acerca dos riscos do procedimento, como já dito, em razão da culpa presumida, cabia à médica demonstrar que as prestou, ônus de que não se desincumbiu. Pelo contrário, a prova dos autos é em sentido inverso; a paciente não firmou nenhum termo de responsabilidade e, como se vê da publicidade feita acerca do procedimento, o mesmo era apontado como **seguro,** sem quaisquer ressalvas (fl. 67).

A ausência de informação sobre os riscos e possíveis consequências do procedimento também devem ser consideradas falhas culposas do profissional na prestação do serviço.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

> *"A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano."* (Resp 436.827 - SP - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - 4ª Turma - j. 01/10/2002, in DJ 18/11/2002, p. 228)

Oportuna também é a lição de Sergio Cavalieri Filho, que ressalta ser ônus do prestador dos serviços comprovar o cumprimento desse dever de informar:

> *"[...] embora médicos e hospitais, em princípio, não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital"* (*in* "Programa de Responsabilidade Civil", Malheiros Editores, 6ª ed., 2006, p. 400).

A propósito, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que:

> *"traz a reboque a necessidade de o médico advertir, expressamente, o seu paciente para todo e qualquer efeito conhecido previamente do procedimento a ser adotado, permitindo-lhe exercer, com amplitude, a sua autonomia. (...) Não ocorrendo a advertência expressa, caberá reparação do dano causado, por violação do dever de informação"* (*in* Direito Civil - Teoria Geral, 8ª ed., Lumen Juris, p. 163)

O consentimento do paciente deve ser feito de maneira consciente e voluntária após previamente informada acerca das possíveis consequências e riscos do procedimento indicado, o que não restou demonstrado nos autos, cabendo frisar, novamente, que tal ônus cabia as rés. Mesmo porque não se poderia exigir que a autora/apelante produzisse prova negativa, ou seja, de que não foi informada adequadamente antes de aceitar ser submetida ao procedimento estético.

Cabe ainda salientar que, embora a médica/apelada se apresente como pós-graduanda em medicina estética (contestação - fl. 100), o que evidentemente aumenta a confiança dos pacientes na profissional, vê-se do documento de fl. 135 - Declaração Expedida pela Sociedade de Medicina Estética - que para efetiva conclusão do Curso de Pós-Graduação em Medicina Estética, ainda necessita de aprovação na monografia.

A perícia realizada na paciente, embora não tenha concluído pela imperícia ou imprudência da médica, deixa evidente que ela foi a responsável pelas sequelas constatadas na autora, vez que foi a única profissional responsável pelo procedimento (fl. 279).

Ressalte-se, por oportuno, que a sindicância instaurada perante o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, embora não conste a conclusão no presente autos, determinou a abertura de processo ético-profissional, por haver indícios das mais inúmeras infrações, o que reforça o entendimento aqui esposado, no sentido de que a médica, assim como sua clínica, são responsáveis pelos danos suportados pela autora. Vejamos:

> *"A Segunda Câmara do Conselho Regional de Medicina do Estado do Mato Grosso do Sul analisou a Sindicância nº 062/2007 e, decidiu pela instauração de Processo Ético Profissional em desfavor da Dra. Luciana de Matos Sobreira por haver indícios de infração aos arts. 2º, 4º, 29, 32, 34, 59, 131, 132, 133 e 135 do Código de Ética Médica.*
>
> *Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.*
>
> *Art. 3º - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.*
>
> *É vedado ao médico:*
>
> *Art. 29 – Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.*
>
> *Art. 32 – Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.*

Art. 34 – Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 59 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Art. 131 – Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer veículo de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da coletividade.

Art. 132 – Divulgar informação sobre o assunto médico de forma sensacionalista, promocional, ou de conteúdo inverídico.

Art. 133 – Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido por órgão competente.

Art. 135 – Anunciar títulos científicos que não possa comprovar ou especialidade para a qual não esteja qualificado.

É facultado fazer-se representar por advogado devidamente constituído.

Serve o presente, também, para informar de vosso direito de arrolar testemunhas em número máximo de 05 (cinco), devidamente qualificadas, no prazo de 30 (trinta) dias." (*sic*. fls. 531-532)

Diante de todos esses elementos, é inegável que a conduta da segunda apelada-ré causou danos à apelante-autora, os quais devem ser indenizados.

Caracterizada a responsabilidade civil das rés, cumpre a elas, solidariamente, ressarcir os danos materiais experimentados e comprovados, além do estético e do dano extrapatrimonial, limitado à frustração da expectativa. Passo, assim, ao exame fragmentado de cada verba indenizatória postulada.

Dano material

Se a obrigação era de resultado e este não foi atingido, conforme já exposto acima, é certa a procedência da pretensão que envolve o reembolso dos valores pagos pela autora para a realização do procedimento e também em relação aos gastos com medicamentos e outros tratamentos a que se submeteu, desde que as despesas sejam devidamente comprovadas, por meio de prova documental.

No caso, pelo tratamento estético prestado pelas rés, a autora pagou a quantia de R$ 3.475,00 (três mil, quatrocentos e setenta e cinco reais) - documentos de fls. 32 e 42-46. Os gastos com fisioterapia, massoterapia e ultrassom se deram no valor de R$ 345,00 (trezentos e quarenta e cinco) - recibo de fl. 51. E, ainda, houve despesas com o uso de medicamentos no montante de R$ 385,73 (trezentos e oitenta e cinco reais e setenta e três centavos) - recibos acostados às fls. 47-59.

Assim, as rés devem ser condenadas solidariamente a restituírem à autora o valor de R$ 4.205,73 (quatro mil, duzentos e cinco reais e setenta e três centavos).

Em relação aos demais danos materiais alegados - decorrentes de ausências ao trabalho, consultas médicas, etc. -, não houve comprovação, logo indevida a pretendida indenização.

Da reparação dos custos de cirurgia reparadora/ tratamentos corretivos

Descabe, no caso vertente, reparação material atinente aos custos de futuras cirurgias reparadoras ou com tratamentos e/ou medicamentos, cuja conveniência ou pertinência técnica não foram suficientemente demonstrados pela autora.

Embora os médicos peritos, em laudo realizado no ano de 2008, tenham afirmado que as áreas podem ser reparadas por meio de cirurgia plástica, afirmaram que *"não se pode dizer se as alterações conseqüentes a aplicação do PMMA são permanentes"* (sic. fl. 276). Logo, pode-se concluir que há possibilidade de regressão natural das sequelas apresentas pela autora, ademais que passados mais de três anos da realização da perícia.

Outrossim, diz-se no referido laudo que o problema da autora no nariz seria uma "*cicatriz muito tênue e discreta na margem próxima à mucosa nasal*" (fl. 275) e que, caso realizada a cirurgia plástica, ficaria uma cicatriz cirúrgica (fl. 276). Desse modo, não restou clara a conveniência de se trocar uma cicatriz por outra.

Quanto à lesão na região dos glúteos afirma-se que o tratamento cirúrgico pode requerer mais de um procedimento e que não se pode dizer que a reparação será total. Assim, parece-me duvidoso que o tratamento cirúrgico para tratar as áreas afetadas seja o mais indicado, não havendo nos autos precisão sobre qual procedimento seria o mais indicado.

Ou seja, a prova dos autos não é conclusiva no sentido de ser recomendável a realização de tratamento reparadores na autora. Embora não se negue as sequelas, as quais foram consideradas para caracterizar o dano estético, como se verá a frente, não é possível concluir que as mesmas podem ser corrigidos por meio de cirurgia reparadora ou outros tratamentos.

Em situação análoga a presente, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONVERSÃO À ESQUERDA. CULPA DEMONSTRADA. DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DA SEGURADORA AO PAGAMENTO DE DANO MORAL. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE NOVA CIRURGIA. HONORÁRIOS PROPORCIONAIS. (...)* ***5. A ausência de indicação de nova cirurgia plástica reparadora implica na improcedência dos danos materiais correspondentes.*** *6. Havendo sucumbência recíproca as despesas e honorários serão proporcionalmente distribuídos entre as partes. APELAÇÃO 1 PROVIDA. APELAÇÃO 2 NÃO PROVIDA. APELAÇÃO 3 PARCIALMENTE PROVIDA.* (TJ-PR - AC: 7401638 PR 0740163-8, Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 19/05/2011, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 644)

A presente pretensão é de natureza hipotética, sem especificação de tipo, natureza, extensão das intervenções médicas pleiteadas. Deste modo, por ausência de prova robusta da conveniência e pertinência técnica dos pretendidos procedimentos, não vejo como determinar às rés a responsabilidade pelos pagamentos de futuros tratamentos/medicamentos, os quais, como já dito, nem se sabe precisamente quais são.

Dano moral

Quanto ao dano moral procede a irresignação. Na hipótese, não há dúvidas que a perspectiva de embelezamento foi frustrada, ante as incontroversas sequelas do procedimento estético realizado pelas rés - visíveis às fotografias de fls. 61-72.

Além da frustração pela não obtenção do resultado desejado, a autora teve de tomar remédios e realizar alguns tratamentos no intuito de amenizar as lesões.

Os transtornos suportados pela apelante ultrapassam mero dissabor da vida cotidiana, logo, evidente o direito ao ressarcimento pelo abalo moral sofrido.

Na quantificação da indenização deve se atender à sua dupla finalidade: compensar a vítima e servir de alerta ao ofensor, para que não volte a praticar a mesma conduta.

Nessa linha, entendo que a condição econômica das partes, a repercussão do fato, assim como a conduta das demandadas, são fatores importantes a ser considerados na quantificação do valor indenizatório, no intuito de evitar enriquecimento injustificado da autora e aplicação de pena exacerbada as rés.

Assim, feitas essas considerações, atento as peculiaridades do caso, entendo que a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais) é suficiente e condizente com o caso presente.

Dos danos estéticos

Inicialmente destaco que a Súmula nº 387/2009 do STJ é no sentido e que é licita a cumulação das indenizações por dano estético e moral, ou seja, já pacificada a questão da autonomia do dano estético.

Em relação ao dano estético ensina Diniz (2007, p.80) dispõe:

> *"O Dano Estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.*
>
> *Quando falamos em dano estético, estamos falando da ofensa à beleza externa de alguém, ou seja, da integração das formas físicas de alguém. Ele surge a partir de um sentimento de constrangimento ou de humilhação e desgosto que o lesado tem ao ver que não existe mais a harmonia de seus traços, e que no lugar destes existirá uma marca, mesmo que pequena, que lhe desperte a sensação de inferioridade.*
>
> *Aqui não se trata apenas de horripilantes feridas, mas de qualquer mudança ou transformação, bastando existir um desequilíbrio entre o presente e o passado.*
>
> *Essa nova, e indesejada, característica deverá ser permanente, pois caso contrário, se o dano é reparável, só provocará um abalo patrimonial facilmente indenizável e reparável. Freire (1926) apud Lopez (2004, p. 48), trás como características de uma lesão deformante a aparência, irreparabilidade e permanência. Mesmo que possam existir artifícios para disfarçar o dano, ele não libertará o ofensor de sua reparação. Sobre isso tanto a doutrina nacional como estrangeira tem sido pacífica, ate mesmo porque o dano estético não trás constrangimento apenas em relação ao que a sociedade ver e pensa da pessoa lesada, mas também o que ela acha de si mesma. Essa deformidade não precisará ser vista a todo instante, sendo suficiente que ela exista no corpo, e não só nele parado, mesmo que em partes íntimas.*
>
> *Em relação aos disfarces, relevante é a decisão proferida no STJ do Espírito Santo, que diz respeito ao dano decorrente de perda de um dos olhos e que afirma: "A prótese ocular pode, se bem feita, esconder o dano estético, não o elimina, e, com certeza, reativa o*

> *dano moral cada vez que é removida para os cuidados de higiene e novamente instalada".* (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, 7° volume: responsabilidade civil. 22. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.)

Dano estético, em resumo, é qualquer alteração externa da aparência humana que, em relação à situação anterior, promova piora estética da pessoa; é a ofensa, culposa ou dolosa, permanente na integridade física do ofendido, logo, invoca a responsabilidade civil para a sua total reparação.

In casu, o dano estético é perfeitamente perceptível pelas fotografias de fls. 62-72, sendo constatado no laudo pericial de fls. 271-280 que a autora ficou com cicatriz na região nasal e com manchas escurecidas nas nádegas.

Para quantificar o dano estético, devem ser considerados fatores como a extensão do dano, a localização da lesão e a possibilidade de tratamento, a fim de tornar o problema menos perceptível, além das condições das partes.

No presente caso, uma das lesões é no rosto da autora, pessoa jovem e para quem, considerando-se os procedimentos estéticos a que se submeteu, a aparência física é de suma importância. Embora não se descarte a possibilidade de realização de tratamento reparador, ou mesmo de regressão natural do quadro apresentado, não há prova suficiente no sentido de ser possível uma melhora estética.

Assim, após considerar as peculiaridades da hipótese vertente, tenho que o valor indenizatório pelos danos estéticos constatados, deve ficar no montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Juros de mora e correção monetária

Em relação aos danos morais e estéticos, intimamente ligados, deve incidir juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária pelo IGPM/FGV a partir desta decisão, em consonância com a Súmula nº 362 do STJ.

Quanto aos danos materiais à correção monetária pelo IGPM/FGV deve incidir desde a data do desembolso**,** já que visa apenas à manutenção do poder de aquisição do capital e os juros de mora, em se tratando de responsabilidade civil contratual, são devidos a contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Dos honorários/verba de sucumbência

Em observância ao disposto no art. 20, § 3º e alíneas, do CPC, especialmente a complexidade da causa e grau de zelo profissional, arbitro os honorários em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Em razão da sucumbência recíproca e parcial - art. 21 do CPC - vez que a autora decaiu de um de seus pedidos - pagamento de futuras cirurgias e procedimentos - condeno esta ao pagamento de 25% e as requeridas a 75% do ônus sucumbências.

Dispositivo

Por todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização ajuizada por Eliete Aparecido Cândido, a fim de condenar as requeridas (Cliníca Médica Luciana Matos Ltda. e Luciana de Matos Milfont Sobreira), solidariamente, ao pagamento de danos materiais no montante de R$ 4.205,73 (quatro mil, duzentos e cinco reais e setenta e três centavos), com correção monetária pelo IGPM/FGV, a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação; ao pagamento de R$ 8.000,00 (oito mil reais) de indenização por danos

morais e de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) de dano estético, ambos com juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária, pelo IGPM/FGV, a partir desta decisão.

Honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação. Sucumbência recíproca reconhecida, adequando a proporção dos ônus sucumbenciais aos comandos do art. 21 do CPC, a fim de impor à requerente a responsabilidade pelo pagamento de 25% das despesas processuais e honorários advocatícios, assim como condenar as requeridas no pagamento de 75% das mencionadas verbas finais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 12 de novembro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0106479-29.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PRINCIPAL DE REPARAÇÃO DE DANOS – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL EM CONDOMÍNIO – PRELIMINARMENTE – AGRAVO RETIDO – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – RETIDO NÃO PROVIDO – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADA – NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO *CITRA PETITA* – AFASTADA – NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – NULIDADE DA SENTENÇA POR INVERTER O ÔNUS DA PROVA EM SENTENÇA – REJEITADA – MÉRITO – DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO – SISTEMA DE DRENAGEM PARA REBAIXAMENTO DO NÍVEL DO LENÇOL FREÁTICO – GASTO SUPERIOR DE ENERGIA ELÉTRICA EM PREJUÍZO DO CONDOMÍNIO – SISTEMA DE BOMBAS HIDRÁULICAS QUE CONSTOU DO MEMORIAL DESCRITIVO DA OBRA – CIÊNCIA INEQUÍVOCA PELOS CONSUMIDORES – INFORMAÇÃO SUFICIENTE E ADEQUADA – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE RESPONSABILIZAÇÃO – PEDIDO DA AÇÃO PRINCIPAL IMPROCEDENTE – LIDE RECONVENCIONAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA DE DANO E DE ATO ILÍCITO – MERO ABORRECIMENTO – PEDIDO RECONVENCIONAL IMPROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – REDEFINIDOS – DEMAIS MATÉRIAS PREJUDICADAS – RECURSO DA REQUERIDA-RECONVINTE PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Se a causa de pedir na petição inicial se atrela a vício fundado no CDC, o prazo prescricional decorre da Lei nº 8.078/90 (cinco anos – art. 27) e não do Código Civil (três anos – inciso V do §3º do art. 206).

II. A atuação do condomínio no pedido de indenização por dano causado à área comum do prédio vertical não se trata de defesa em nome próprio sobre direito alheio, a justificar a suscitação da ilegitimidade prevista no art. 6º do CPC, mas sim defesa de direito próprio, visto que a atuação do condomínio e condômino ocorre em regime de litisconsórcio unitário facultativo, o que revela a comunhão de interesses e, como tal, é incompatível com a tese de ilegitimidade.

III. Quem escolhe a espécie de cumulação imprópria é o autor, ou seja, se fizer vários pedidos pleiteando um só, "*com ordem de preferência*" será cumulação imprópria sucessiva (art. 289 do CPC). Se trouxer pluralidade de pedidos com pedido de concessão de apenas um deles e, "*sem constar qualquer preferência*" então, a cumulação será imprópria alternativa (art. 288 do CPC). No caso de cumulação imprópria alternativa, o magistrado somente está obrigado a se manifestar sobre o pedido que foi atendido, prejudicando os demais. O vício de julgamento citra petita ocorre somente na cumulação imprópria sucessiva.

IV. A produção de prova testemunhal, quando o conteúdo probatório dos autos já permite realizar um juízo de valor acerca das teses contrapostas, mostrar-se-ia impertinente para a justa resolução do litígio, mormente quando a constituição do direito que se pretende demonstrar reclama prova diversa e nem sequer restou solicitada pela parte a quem interessa.

V. Não há nulidade quando a inversão do ônus da prova ocorre por conta da natureza desta, visto ser inadmissível exigir do requerente a produção de prova negativa (ausência de informação adequada).

VI. Supera a lógica do razoável exigir da construtora a extraordinária conduta de asseverar em memorial descritivo a quantidade de consumo de cada equipamento elétrico para, somente assim, reconhecer a suficiência das informações prestadas aos compradores.

VII. Se os adquirentes das unidades autônomas do condomínio tinham ciência da existência do sistema de drenagem que, por evidente, consome energia, e restou atestada a ausência de defeito na construção da obra, impõe-se afastar a existência de ato ilícito passível de responsabilização.

VIII. À míngua de qualquer elemento de convicção apto a comprovar que a honra objetiva da construtora foi colocada em cheque por conta da afirmação de vício na construção do empreendimento, ressoa-me indevida a fixação de indenização por danos morais, pelo não preenchimento de um dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva: existência do dano.

IX. A simples defesa de um pretenso direito pelos consumidores, sem que se tenha ultrapassado os limites do razoável, não tem o condão de ofender a imagem da pessoa jurídica fornecedora, porquanto representa mero aborrecimento ordinário, esperado das relações deste viés.

X. Reformada a sentença para julgar improcedentes os pedidos constantes da ação principal e da ação reconvencional, é de rigor deliberar acerca dos ônus sucumbenciais, arbitrando-se os honorários advocatícios nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

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, negar provimento ao agravo retido e afastar as preliminares. Por maioria, vencido o Relator, deram provimento ao apelo de Plaenge Empreendimentos Ltda., julgando improcedente o pedido da inicial e, por unanimidade, quanto à reconvenção, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do Revisor.

Campo Grande, MS, 25 de setembro de 2013.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator Designado.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Plaenge Empreendimentos Limitada contra decisão proferida pelo juízo da 15ª Vara Cível da comarca de Campo grande que, nos autos da ação de reparação de danos movida por Condomínio Edifício Pablo Picasso que julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na inicial e, improcedentes os pedidos na reconvenção e, condenou a requerida, ao pagamento ao autor, em uma só vez, do valor correspondente ao custo de energia consumida pelas bombas de drenagem instaladas no edifício Pablo Picasso pelo período de 60 anos e do valor correspondente aos custos e manutenção e reposição dos aludidos equipamentos, pelo mesmo período de 60 anos, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Em suas razões recursais (f. 550-591) pugna pela reforma da decisão pelos seguintes fundamentos:

I – preliminar de análise do agravo retido para que seja provido pela declaração da prescrição com fulcro no art. 269, IV do CPC;

II – preliminar de extinção sem resolução de mérito por ilegitimidade ativa;

III – anulação da sentença que acolheu pedido subsidiário sem antes afastar pedido antecedente;

IV – anulação da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que houve inversão do ônus da prova na sentença pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso posto à apreciação;

V – quanto ao mérito que seja reduzido seja reduzida a imposição de pagamento de energia elétrica e manutenção apenas para o numero de bombas destinadas especificamente ao bombeamento de água proveniente do lençol freático".

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 604 pleiteando o não conhecimento do agravo retido de fls. 392, pela violação ao princípio da dialeticidade, e, no mérito, pelo improvimento do recurso de apelação.

VOTO (EM 17/09/13)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Plaenge Empreendimentos Ltda. contra decisão proferida pelo juízo da 15ª Vara Cível da comarca de Campo grande que, nos autos da ação de reparação de danos movida por Condominio Edificio Pablo Picasso que julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na inicial e, improcedentes os pedidos na reconvenção e, condenou a requerida, ao pagamento ao autor, em uma só vez, do valor correspondente ao custo de energia consumida pelas bombas de drenagem instaladas no edifício Pablo Picasso pelo período de 60 anos e do valor correspondente aos custos e manutenção e reposição dos aludidos equipamentos, pelo mesmo período de 60 anos, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Em suas razões recursais (f. 550-591) pugna pela reforma da decisão pelos seguintes fundamentos:

I – preliminar de análise do agravo retido para que seja provido pela declaração da prescrição com fulcro no art. 269, IV do CPC;

II – preliminar de extinção sem resolução de mérito por ilegitimidade ativa;

III – anulação da sentença que acolheu pedido subsidiário sem antes afastar pedido antecedente;

IV – anulação da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que houve inversão do ônus da prova na sentença pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso posto à apreciação;

V – quanto ao mérito que seja reduzida a imposição de pagamento de energia elétrica e manutenção apenas para o numero de bombas destinadas especificamente ao bombeamento de água proveniente do lençol freático".

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 604 pleiteando o não conhecimento do agravo retido de fls. 392, pela violação ao princípio da dialeticidade, e, no mérito, pelo improvimento do recurso de apelação.

Passo a análise das questões.

Do Agravo Retido

A apelante pede a análise do agravo retido de fls. 392, para que seja reconhecida a prescrição com fulcro no art. 269, IV do CPC. Entende que o prazo prescricional da ação de indenização é de três anos por

aplicação do inciso V do §3º do art. 206 do Código Civil e, como as chaves foram entregues em 03-03-2004, o prazo findou-se em 03-03-2007.

Há dois pontos que antecedem à apreciação desta preliminar.

Primeiro ponto a respeito do pedido de não conhecimento do agravo retido por violação do princípio da dialeticidade, por parte do recorrido em suas contrarrazões.

É certo que a ausência de impugnação da decisão recorrida peca pela ausência de fundamentação e, portanto, em violação da regra da dialeticidade do art. 514, I do CPC e, por via de consequência, leva ao não conhecimento por ausência de regularidade formal.

Veja-se:

> *Quanto à aplicação do princípio da dialeticidade recursal, as razões recursais devem impugnar, com transparência e objetividade, os fundamentos suficientes para manter íntegro o decisum recorrido* (AgRg no REsp 1201539/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011)
>
> *É obrigação da parte, fundada no princípio da dialeticidade, motivar o recurso no ato de sua interposição. Ausentes razões de inconformismo no recurso interposto, aplica-se a Súmula 182/STJ (É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada)* (AgRg no REsp 1207766/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011)
>
> *Pelo princípio da dialeticidade, deve a parte recorrente confrontar todos os fundamentos suficientes para manter a decisão recorrida, de maneira a demonstrar que o julgamento proferido deve ser modificado* (AgRg no Ag 1326024/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 13/12/2010)

Forte nesta premissa e, levando em conta o caso posto à apreciação, tenho que não há violação a tal princípio sob a alegação de que não houve ataque ao cerne da decisão recorrida (que se fundou no CDC). Isso porque, o agravante, entende que o prazo de prescrição não é o CDC por ser inaplicável, mas sim, o do Código Civil.

Veja que o fato não é de ausência de fundamentação em razão do não ataque do que decidido pela decisão interlocutória (aplicação do CDC), mas sim, de discordância quanto à legislação a ser aplicada (Código Civil).

Portanto, há fundamentação, razão pela qual se rejeita a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade.

Segundo ponto, claro e evidente que o caso se enquadra na legislação consumerista, uma vez que a requerida, como construtora, vendeu apartamentos aos condôminos. Este fato se enquadra com todas as letras no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, já que os condôminos são consumidores finais de um produto e, a requerida, é a fornecedora deste produto.

Este o entendimento do STJ:

> *Nessa circunstância, o proprietário do terreno assumirá o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação. A figura do proprietário do terreno se equipara à do consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, tendo o incorporador como fornecedor. O dono do imóvel só difere*

> *dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento, mas tal circunstância não tem o condão de desvirtuar a relação de consumo (REsp 686.198/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 01/02/2008, p. 1)*

Assim sendo, afastado o pedido de não conhecimento do agravo retido e reconhecida a aplicação da Legislação Consumerista ao caso posto à apreciação, o mérito do agravo deve ser afastado.

Deve ser afastado porque se trata de vício fundado no CDC e, como tal, o prazo prescricional decorre da Lei n. 8.078/90 (cinco anos – art. 27) e, não, aquela do Código Civil (três anos - inciso V do §3º do art. 206).

É regra do direito a respeito do princípio da especialidade (art. 272 do CPC), onde decorre que a legislação especial se aplica ao especial e derroga o geral (art. 3º da LINDB).

Veja-se acórdão do STJ a respeito:

> *"O art. 27 do Código de Defesa do Consumidor somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço,* (REsp 1261469/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012)".

Ademais, ainda que houvesse a aplicação do prazo menor do Código Civil (três anos - inciso V do §3º do art. 206), a prescrição não teria ocorrido.

Isso porque, o termo *a quo* não é da entrega das chaves, mas sim, da data da perícia que fez nascer a pretensão, ou seja, quando os consumidores tomaram conhecimento do dano causado pela exigência de bombeamento constante da água do subsolo.

Faz-se necessário consignar que a prescrição somente se abre quando a ação é exercitável e ela somente pode ser assim considerável com o conhecimento da extensão do dano com aumentos extraordinário dos custos.

Conforme a precisão e clareza que lhe é peculiar, o Desembargador do TJMS, Hamilton Carli assim se manifestou:

> *"Se a prescrição tem sua ontologia voltada no caráter punitivo para aquele que deixou de exercitar a ação diante da violação de seu direito, ela não tem início enquanto a parte não tiver conhecimento da violação deste direito. Não pensar assim seria "pegar a parte de surpresa" e exigir dela o impossível (Apelação Cível n. 2007.018647-3. Unânime)".*

Desta feita, nego provimento ao agravo retido.

Da preliminar de ilegitimidade ativa

Trata-se de preliminar de extinção sem resolução de mérito por ilegitimidade ativa, com fundamento no art. 6º e inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, uma vez que o condomínio pleiteia indenização devida aos condôminos, sendo que os proprietários que seriam os supostos prejudicados.

Tal tese é protelatória e beira às raias da má-fé processual por ser destituída de fundamento, tanto que esta questão é remansosa na jurisprudência. Veja-se acórdão do STJ:

> *Legitimidade ativa do condomínio, na pessoa do síndico, para ação voltada à reparação de vícios de construção nas partes comuns e em unidades autônomas. Precedentes (AgRg no AREsp 93.530/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 02/04/2013)*

Até porque, não se trata de defesa em nome próprio sobre direito alheio a justificar a ilegitimidade do art. 6º do CPC, mas sim, a defesa de direito próprio, já que a atuação do condomínio e condôminos ocorre em regime de litisconsórcio unitário facultativo, o que releva a comunhão de interesses e, como tal, é incompatível com a tese de ilegitimidade de quaisquer deles na defesa deste interesse comum.

Das preliminares de nulidade

Há dois pedidos de nulidade da sentença. Um, porque acolheu pedido subsidiário sem antes afastar pedido antecedente *(*julgamento *citra petita*). O outro, por cerceamento de defesa, uma vez que houve inversão do ônus da prova na sentença.

Nulidade por julgamento *citra petita*

Apesar da ausência de menção pelo recorrente em sua preliminar, o que se pede é a nulidade julgamento *citra petita*, em razão de ter passado o juiz ao pedido subsequente sem antes ter analisado o pedido antecedente e, portanto, com violação ao princípio da correspondência do art. 128 c.c. art. 293 c.c. art. 460, todos do CPC.

Não há nulidade. Vejamos:

O recorrente confunde o instituto de cumulação de pedidos do art. 292 do CPC, uma vez que a cumulação imprópria pode ser "*alternativa*" ou pode ser "*sucessiva*". Na primeira, o juiz escolhe qualquer deles sem ordem de preferência posta pelo autor. Na segunda, há uma ordem de preferência e, portanto, o juiz somente poderá analisar o subsequente se afastar o antecedente.

Eis art. 288 e art. 289 do CPC:

> *"Art. 288. O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo*
>
> *Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior."*

Veja que quem escolhe a espécie de cumulação imprópria é o autor, ou seja, se fizer vários pedidos pleiteando um só, "*com ordem de preferência*" será cumulação imprópria sucessiva (art. 289 do CPC). Se trouxer pluralidade de pedidos com pedido de concessão de apenas um deles e, "*sem constar qualquer preferência*", então, a cumulação será imprópria alternativa (art. 288 do CPC).

Basta uma simples leitura desavisada na petição inicial, mais precisamente, às fls. 11 e fls. 12 para aferir que *não há ordem de preferência* dos vários pedidos, o que revela a cumulação alternativa e, como tal, o juiz fica liberado para escolher qualquer deles, ou seja, não precisa apreciar todos os pedidos alternativos, mas apenas, aquele que foi acolhido.

Assim sendo, não se fala em julgamento *citra petita*.

Nulidade do julgamento por cerceamento de defesa

Entende que ficou impedido de exercer o ônus da prova diante da inversão quando da sentença.

Tal preliminar não prospera e, também, demonstra má-fé processual.

Primeiro, porque não se fala em cerceamento de defesa se houve esgotamento dos meios de provas. Veja, que até prova pericial foi produzida. Ora, se o exercício probatório se consumou não há qualquer nulidade, já que ausente qualquer prejuízo pela regra do art. 249 do CPC.

Se a prova que pretendia produzir era a prova oral, não há nulidade também, por cerceamento de defesa; essa prova é vedada pela aplicação do art. 400 c.c. art. 420 do CPC, já que para a solução de mérito dependeu de conhecimento de técnico/perito, o que é incompatível com a oitiva de testemunhas e das partes, por não portarem conhecimento técnico para tanto.

Segundo, porque a inversão do ônus da prova decorre da lei e, portanto, o requerido desde a citação já era sabedor deste ônus e se não exerceu o seu ônus não pode ver declarada a nulidade a seu favor. Até porque, o art. 243 é claro em não declarar nulidade a quem deu causa a ela.

Aproveitando a doutrina de Nélson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de processo civil interpretado; p. 836): "*a parte que teve contra si invertido o ônus da prova, não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo*".

Neste sentido pelo STJ:

> *"A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova* (AgRg na MC 11970/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 18/12/2006, p. 357)*"*

Assim, afasto a nulidade por cerceamento de defesa.

Passo ao mérito

O que se infere do caso posto à apreciação é que o Condomínio Edifício Pablo Picasso ajuizou ação de reparação de danos contra Plaenge Empreendimentos Limitada. O dano estaria no fato de que para evitar alagamentos adotou-se a utilização contínua de várias bombas elétricas de drenagem, o que gerou acréscimo anormal da despesa para custeio do valor de energia elétrica e de sua manutenção. Pede condenação pelas despesas extraordinárias.

A requerida/recorrente entende que o pedido de indenização deve ser julgado improcedente, uma vez que fundado na teoria do ato ilícito do art. 186 do Código Civil, que exige o dano (art. 944 do CC). Entende que não houve dano, em razão da perícia ter declarado que o consumo não extrapola os valores de energia de outros condomínios.

Entende, também, pela ausência da culpa e ela não se faz presente, em seu entender, porque desde a entrega do memorial descritivo da obra se informava a presença de bombas hidráulicas no prédio, e, portanto, qualquer engano partiu dos condôminos.

Passo à tese da inexistência de culpa

O nosso atual Código Civil, prevê, em seu artigo 927, a possibilidade de reparação do dano em virtude da prática de ato ilícito. Vejamos: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".*

Complementando, segue a norma legal: "*Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos, especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*".

O referido parágrafo único está justamente inserido de forma a representar o Código de Defesa do Consumidor, em sua previsão legal, ao mencionar que o causador do dano deve reparar a lesão independentemente de culpa, nos casos previstos em lei. Esta Lei, no presente caso, é justamente o CDC.

Ao contrário do que exige a lei civil, quando reclama a necessidade da prova da culpa, na relação entre consumidores esta prova é plenamente descartada, sendo suficiente a existência do dano efetivo ao ofendido.

Isso porque, os artigos da Lei assim o determinam. Vejamos:

> *Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador* ***respondem, independentemente da existência de culpa,*** *pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*

Dessa forma, constatado o fato que gerou o dano, proveniente da relação de consumo, e o dano à parte mais fraca, caberá ao responsável a sua reparação, não havendo necessidade do consumidor apresentar prova da culpa.

Passo ao dano

Pelo laudo pericial, mais precisamente, às fls. 459, constata-se que o perito informou que "*já havia previsão de bombas de água, mas que as previstas se revelaram insuficientes, gerando a necessidade de bombas adicionais*".

No mesmo laudo ao responder ao quesito 04 e 05, às fls. 467, se fez constar o consumo das bombas de água a 5.955,85 KW, o que totaliza 71.470,20KW; gerando custo financeiro de R$ 40.414,97 em um ano.

Aqui se encontra o dano, pois ao dividir o valor anual de energia *extra* pela utilização das bombas de água (R$ 40.414,97), pelo número de apartamentos (23), o valor anual extra para cada proprietário será de R$ 1.757,00.

Nem se diga que o memorial entre aos compradores previa a existência de bomba de água e que este fato excluiria a responsabilidade do construtor/requerido.

Isso porque, é de conhecimento dos compradores pelos documentos entregues, quando da aquisição, de que haverá elevador, área de lazer *etc*. Esta indicação é esperada, por raciocínio lógico, mas se espera que esta despesa seja ordinária; despesa esta que consista em valor razoável e embutido na taxa de condomínio. Tanto é verdade, que o valor da taxa de condomínio é dado relevante pelo senso médio da sociedade ao se comprar imóvel em condomínio. É isso o que ordinariamente acontece pela aplicação do art. 335 do CPC.

No entanto, estas bombas de água portam *plus*, porque as despesas delas decorrentes não são ordinárias ou, da qual se espera. É além. Por isso, apesar de constar no memorial, a existência do normal (bomba de água) não houve qualquer previsão do fato extraordinário, do *plus*, que consiste no consumo fora da normalidade da energia elétrica de uma bomba de água qualquer.

A ausência desta informação acarreta violação ao CDC.

Veja entendimento do STJ a respeito:

> *O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual.2. O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor.3.* ***Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão*** *(REsp 1188442/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 05/02/2013).*

Ademais, a perícia apontou o valor adicional em razão da extraordinariedade do fato e fundada em elementos claros e precisos.

Desta feita, os valores ali encontrados devem ser mantidos e o que se afasta o pedido do requerido em minoração dos valores da condenação. Até porque, não há provas produzidas pelo requerido a afastar o conteúdo da perícia judicial e, como tal, se mantêm sua presunção de veracidade, já que se reveste de ato administrativo em sentido amplo.

Aproveitando as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro **(**Direito Administrativo, 10ª edição, Editora Atlas, página 164**)**: "*a presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência deste atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela administração*".

Veja que a incidência da presunção de veracidade sobre um ato traz consequências processuais, porque enquanto não declarada a invalidade do ato ele permanece jorrando efeitos. Veja ainda que o ônus de agir é da parte que alega o vício, pois ele é presumido válido (veraz).

Observe (Recurso Especial nº 52256. Ministro Relator Pedro Acioli): "*O ato administrativo, de outro lado, goza da presunção de legalidade e veracidade*". No mesmo sentido: Recurso Especial nº 145058. Ministro Relator Gilson Dipp; Recurso Especial nº 129309. Ministro Relator José Delgado; Recurso Especial nº 41519. Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro.

Portanto, a presunção a se firmar é pela veracidade da conclusão do laudo pericial e, por via de consequência, da manutenção do valor da condenação da sentença, uma vez que fundada no laudo.

Ex positis, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Plaenge Empreendimentos Limitada.

DECISÃO: CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, AFASTAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO APELO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 25/09/13)

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

Pedi vista dos autos para melhor analisar as teses contrapostas e, após exame detido dos autos, com a devida vênia do e. Relator, concluí que o litígio deve ser resolvido, no mérito, de forma diversa, conforme passarei a demonstrar.

Inicio a análise do apelo por um breve escorço dos fatos e dos atos mais relevantes para o deslinde da controvérsia.

I. Breve escorço

Conforme consta dos autos, o Condomínio Edifício Pablo Picasso ajuizou a presente Ação de Reparação de Danos em face da Plaenge Empreendimento Ltda. (f. 02-12), sob a afirmação de que, a partir de dezembro de 2004, constatou-se haver grave defeito na construção do Edifício Pablo Picasso, o qual foi construído e comercializado pela requerida.

Referiu que tal defeito consiste na perfuração do lençol freático no 2º subsolo, que passou a causar sucessivos alagamentos em tal pavimento e, por consequência, demandou a instalação de bombas elétricas de drenagem sobressalentes, as quais, por consumirem alta quantidade de energia elétrica, aumentou excessivamente o valor das despesas condominiais, posteriormente repassadas para os condôminos.

Sob o fundamento de que a fornecedora difundiu propaganda enganosa e não informou adequadamente os consumidores acerca do suposto vício na construção (perfuração do lençol freático), alertando-os sobre a possibilidade de aumento excessivo da taxa de condomínio por conta das despesas extraordinárias com a energia elétrica consumida pelos geradores, pugnou pela responsabilização objetiva da requerida.

Ao final, pediu, de forma alternativa, a condenação da requerida no pagamento: a) dos danos materiais apurados em perícia extrajudicial, no valor de R$ 397.057,15, correspondente ao consumo energético das bombas e sua manutenção até a vida útil do edifício (60 anos), além do custo da reposição das bombas, a ser apurado em liquidação; ou b) dos prejuízos causados pelo gasto excessivo de energia elétrica decorrente do uso de todas as bombas de drenagem, desde a entrega do edifício até a data do cumprimento da sentença, a ser paga em parcela única com os encargos legais, a serem apurados em liquidação; b.1) da diferença mensal de consumo, em favor do condomínio, consubstanciada na quantia que sobejar 8.280 KW, e as despesas com a reposição e manutenção das bombas de drenagem até o final da vida útil do edifício (60 anos), arcando a requerida, em qualquer caso, com os ônus sucumbenciais.

Citada, a requerida apresentou tanto contestação (f. 218-230) quanto reconvenção (f. 124-134).

Na contestação, suscitou, preliminarmente, a existência de defeito na representação processual, bem como a tese de prescrição da pretensão inicial. No mérito, sustentou não ter havido qualquer vício na construção do edifício e nem propaganda enganosa, visto que houve informação acerca do sistema de drenagem, não se permitindo concluir, como o faz o condomínio, que os imóveis se desvalorizaram. Pediu, por isso, a rejeição dos pedidos iniciais.

Na reconvenção, sustentou ter direito a uma indenização moral, advinda das afirmações falsas do condomínio, que indevidamente refere, em ação judicial e em notificação extrajudicial, ter havido "defeito estrutural" no edifício, em franco prejuízo à imagem da pessoa jurídica fornecedora. Por isso, pleiteou a condenação do condomínio no pagamento da indenização por danos morais, a ser arbitrada pelo Juízo.

Em sua contestação à reconvenção (f. 323-336), o requerente-reconvindo suscitou a inadmissibilidade da reconvenção, por ausência de conexão entre as lides.

Após as partes se manifestarem, o Juízo singular saneou o feito (f. 364-373), onde rejeitou todas as preliminares das partes, fixou os pontos controvertidos e deferiu a produção de prova pericial.

Intimados do saneador, tanto o requerente-reconvindo (f. 381-384) quanto a requerida-reconvinte (f. 392-396) interpuseram agravo retido.

No agravo retido do condomínio, sustentou não haver conexão entre a lide principal e a lide secundária, circunstância que torna inadmissível a ação de reconvenção.

No agravo retido da Plaenge, pugnou pelo acolhimento da preliminar de prescrição, por entender que o caso se amolda na hipótese do art. 206, §3º, V, do CC/2002, tendo transcorrido mais de 3 (três) anos desde a entrega do edifício até o ajuizamento da ação.

A perícia foi realizada e juntada aos autos (f. 456-481), com posterior manifestação das partes litigantes.

Sobreveio, então, sentença de mérito (f. 516-525), onde o Juízo singular julgou parcialmente procedente o pedido da lide principal e improcedente o pedido reconvencional, para condenar a requerida-reconvinte no pagamento ao requerente-reconvindo, em uma só vez: a) do valor do custo da energia consumida pelas bombas de drenagem (5.955,85 KW mensais) pelo período de 60 anos, a partir da data da entrega do edifício; b) do valor do custo da manutenção e reposição dos equipamentos do sistema de drenagem, pelo mesmo período de 60 anos, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Na **d**ecisão dos embargos de declaração apresentados pela Plaenge, o juízo sanou contradições, para alterar a parte dispositiva nos seguintes pontos: a) reconhecer a procedência integral do pedido inicial, já que acolhido um pedido alternativo; b) adequar a tutela jurisdicional ao pedido, em observância ao princípio da congruência.

A requerida-reconvinte, Plaenge Empreendimento Ltda., apresentou apelação cível (f. 550-591), onde pleiteou, preambularmente, o provimento do agravo retido, para declarar prescrita a pretensão inicial. Ainda preliminarmente, suscitou: a) a ilegitimidade ativa do condomínio; b) a anulação da sentença, por ter acolhido pedido subsidiário sem afastar o principal; c) a anulação da sentença, por cerceamento de defesa, porque não deferida a oitiva de testemunhas; d) a anulação da sentença, diante da inversão dos ônus sucumbenciais diretamente na sentença. No mérito da lide principal, sustentou a improcedência do pedido ou a reforma parcial da sentença, visto que: a) inaplicável o CDC na hipótese; b) não pode inverter os ônus da sucumbência, mas sim distribuí-los de forma ordinária; c) os requisitos para a reparação civil não restaram comprovados; d) as informações prestadas quando da venda do empreendimento foram suficientes; e) haverá enriquecimento sem causa caso o prejuízo material se estabeleça pelo gasto de todas as bombas elétricas, porquanto era de inequívoco conhecimento de todos a existência de tais bombas de drenagem e a necessidade de sua manutenção. No mérito da lide reconvencional, sustentou ser devida a indenização por danos morais. Subsidiariamente, pleiteou a minoração dos honorários advocatícios.

O requerente-reconvindo apresentou contrarrazões (f. 604-621), onde rebateu pontualmente as pretensões da parte contrária e pugnou pela manutenção da sentença.

O e. Relator, em sessão ordinária desta Câmara, realizada em 17.09.2013, negou provimento ao agravo retido, rejeitou as preliminares e, no mérito das lides principal e secundária, negou provimento ao apelo, mantendo irretocável a sentença hostilizada.

Pedindo sinceras vênias ao d. Relator, hei por bem inaugurar divergência no que tange à apreciação do mérito, nos termos que passo a expor.

II. Preliminarmente

II.I. Agravo retido

II.I.a. Juízo de admissibilidade do retido

Como referido, a Plaenge pugnou pelo acolhimento da preliminar de prescrição, por entender que o caso se amolda na hipótese do art. 206, §3º, V, do CC/2002, tendo transcorrido mais de 3 (três) anos desde a entrega do edifício até o ajuizamento da ação.

Nas contrarrazões do agravo retido, o condomínio agravado suscitou o não conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade.

Em que pese o óbice erigido pelo agravado, o retido merece conhecimento. Isso porque, como bem ressaltado pelo e. Relator, o simples fato de a parte recorrente sustentar ser aplicável prazo prescricional e termo inicial de contagem diversos daqueles consignados no saneador já se mostra suficiente para aclarar a existência de fundamentação.

Logo, com o Relator, afasto a preliminar de não conhecimento do retido e passo ao seu julgamento.

II.I.b. Mérito do retido

No que toca ao mérito do agravo retido, a Plaenge sustenta que não se aplica o prazo prescricional de 5 anos do CDC, mas sim o trienal inserto no art. 206, §3º, V, do CC/2002, sendo que a contagem deve se iniciar quando da entrega do edifício aos condôminos em 03.03.2004.

A preliminar não merece acolhida.

Evidentemente que o caso deve ser regido pelas normas consumeristas, na medida em que a Plaenge, como construtora e incorporadora, é fornecedora de unidades residenciais, figurando os condôminos como consumidores finais de tal produto.

Não é por outro lado que o Superior Tribunal de Justiça há muito entende que "*A relação existente entre a construtora/incorporadora com os adquirentes das unidades é uma relação de consumo, e como tal deve obedecer, senão aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que foi editado apenas em 1990, pelo menos atender à Constituição da República quando impõe à ordem econômica o dever de observância do princípio da defesa do consumidor (art. 170,V)*" (Resp 151.758/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/1998, DJ 29/06/1998, p. 199).

Em tal voto, o e. Ministro Ruy Rosado de Aguiar fez incidir as normas protetivas aos contratos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor (CODECON), mas posterior à vigência da nova Carta Constitucional.

Se assim o é, não há dúvidas que a relação dos litigantes, na presente hipótese, é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em vista, então, que o condomínio requerente sustenta a Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço (art. 12, CODECON), incide no caso o prazo quinquenal de prescrição, estabelecido no art. 27 do CODECON.

Nesta trilha, partindo-se do pressuposto de que "*o conhecimento do dano e de sua autoria*" ocorreu quando da entrega das chaves ao síndico, em 03.03.2004, conforme sustenta a recorrente, o prazo prescricional só se implementaria em 03.03.2009.

Considerando-se que a ação foi ajuizada anteriormente, em 31.03.2008, não se há de falar em prescrição.

Assim, com o Relator, nego provimento ao agravo retido, para manter a rejeição da prescrição.

II.II. Ilegitimidade ativa do condomínio

A Plaenge sustenta ser o condomínio carecedor do direito de ação, por pretensa ilegitimidade ativa.

Sem razão, todavia.

Como bem apontado pelo e. Relator é iterativa a jurisprudência da Corte de Estrito Direito assentando a legitimidade do condomínio para o ajuizamento de ações em defesa do bem comum.

Se assim o é, com o relator, rejeito a preliminar de ilegitimidade.

II.III. Anulação da sentença

II.III.a. Por ausência de análise do pedido principal

A Plaenge pede a anulação da sentença, porque teria havido julgamento *citra petita*, já que o pedido subsidiário foi acolhido sem, antes, seja afastado o pedido principal.

A pretensão não merece acolhida.

Pela prudente análise da inicial, percebe-se que a parte requerente formulou pedidos alternativos, onde o acolhimento de qualquer deles lhe satisfaz igualmente.

> *Como bem assevera Marinoni e Mitidiero, "Quando há pedido alternativo, o acolhimento de qualquer deles serve à satisfação do demandante de maneira indistinta. Daí a razão pela qual 'acolhido o pedido alternativo constante da exordial, a sucumbência é devida pelo réu por inteiro (...)" (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 298).*

No caso, as pretensões aviadas na petição de ingresso são bastante claras ao demonstrar tal alternatividade, porquanto se assemelham na extensão dos danos, mas se diferem apenas no modo de pagamento, pelo que não se há de falar em julgamento *citra petita*, mormente diante da propalada autonomia dos pedidos.

Sendo assim, com o relator, rejeito esta preliminar.

II.III.b. Por cerceamento de defesa

A Plaenge sustenta que a sentença deve ser anulada, por cerceamento do direito de defesa, porque fora deferida a oitiva de testemunhas, porém sem a posterior realização de audiência para tal finalidade.

Em que pese a tese recursal, esta preliminar deve ser rechaçada.

Como ressabido, em função do princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional) que informa o sistema processual brasileiro, o Juízo é o destinatário das provas, permitindo-lhe indeferir aquelas que julgar impertinentes ou, até mesmo, superar eventuais provas que, apesar de aparentemente relevante

em cognição primária, passaram a ser desnecessárias frente aos elementos de convicção posteriormente coligidos aos autos.

No caso vertente, o arcabouço probatório carreado aos autos se mostrou suficiente para o Estado-Juiz dirimir o litígio com imparcialidade, proferindo sentença de mérito com lastro nos documentos trazidos pelas partes e na prova pericial.

A oitiva de testemunha, em meu sentir, não teria o condão de influenciar no deslinde da controvérsia, porquanto a verdade que a requerida pretendia erigir na lide principal é de que os consumidores foram devidamente informados da existência do sistema de drenagem, com bombas hidráulicas submersas, fato este que, como se verá quando da análise do mérito, restou esclarecido pelos documentos que acompanharam as manifestações das partes.

No mesmo sentido, não se poderia admitir, na lide secundária, a realização audiência para oitiva de testemunhas, sob o pretexto de comprovar a existência de dano moral à apelante Plaenge.

Ora, é consabido que quando uma pessoa jurídica reclama dano moral, deve ela comprovar cabalmente o abalo à imagem, a ponto de prejudicar eventualmente o exercício de sua atividade ou de seu objeto social.

Evidentemente que, no caso, a prova testemunhal nada poderia influenciar na formação da convicção do julgador, na medida em que é fato notório que a requerida, há muitos anos, vem demonstrando um crescimento agressivo na capital deste Estado de Mato Grosso do Sul, praticamente exercendo um monopólio em seu setor de atuação.

Nesta senda, a simples oitiva de testemunhas não se mostraria hábil à demonstrar qualquer abalo à imagem da Plaenge, cujo fato constitutivo do direito à indenização por danos morais necessariamente demandaria prova documental e pericial, para demonstrar que as informações constantes da notificação extrajudicial endereçada à requerida, conjugadas com o ajuizamento da presente ação, acabaram por prejudicar o desenvolvimento da atividade comercial da pretensa vítima.

Se assim o é, entendo que o Juízo singular andou bem ao julgar o processo no estado em que se encontrava, sem realizar audiência de instrução e julgamento, visto que nos termos do art. 400, segunda parte, inciso II, "*O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados*".

Diante desta perspectiva, evidentemente que a produção de prova testemunhal, quando as provas dos autos já permitem realizar um juízo de valor acerca das teses contrapostas, mostrar-se-ia impertinente para a justa resolução do litígio, mormente quando a constituição do direito que se pretende demonstrar reclama prova diversa e, na hipótese, nem sequer restou solicitada pela parte a quem interessa.

Assim, apesar de amparado por fundamento diverso, acompanho o d. Relator, para rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

II.III.c. Por operar a inversão dos ônus da prova como regra de julgamento

A última tese preliminar invocada pela Plaenge consubstancia-se na nulidade da sentença em razão de ter-se invertido o ônus probatório quando da prolação da sentença.

Neste ponto, melhor sorte não socorre a apelante.

Como se percebe da sentença proferida à f. 516-525, nada obstante o Juízo singular efetivamente tenha discorrido acerca da inversão do ônus da prova, é certo que tal instituto não tem relevância para o desate da causa.

Isso porque, o pedido condenatório da lide principal foi acolhido pelo fundamento da inexistência de informação adequada acerca do consumo de energia do sistema de drenagem, a qual poderia influenciar na aquisição das unidades habitacionais do Edifício Pablo Picasso.

Em outros termos, a responsabilidade da Plaenge no pagamento do consumo de energia excedente estaria estampada na falta de informações suficientes sobre o prejuízo que o sistema de drenagem causaria aos consumidores.

Por evidente, diante da natureza da prova a ser edificada no processo, não se poderia exigir do condomínio requerente sua produção, porquanto acabaria por impor ao interessado a realização de prova de fato negativo (ausência de informação adequada), o que representaria um contra-senso.

Nesta ótica, ainda que não tivesse se operado a inversão do ônus da prova, evidentemente que caberia à requerida comprovar que prestou as informações adequadas acerca da existência do sistema de drenagem, perspectiva esta que já era do conhecimento da requerida quando do início do processo.

Logo, não se há de sustentar que a inversão do ônus da prova, neste caso, trouxe prejuízo à defesa, porquanto a parte demandada já estava ciente de seu ônus diante da natureza da prova.

Assim, com o relator, rejeito esta última preliminar e, por consequência, passo à análise do mérito.

III. Mérito

III.I. Lide principal

III.I.a. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

A Plaenge sustenta, de início, que o Código de Defesa do Consumidor (CODECON) não rege a relação jurídica material existente entre condomínio e construtora/incorporadora.

Por óbvio, a tese não pode vingar.

Como adiantado quando da análise do agravo retido, a relação entre a construtora/incorporadora do empreendimento e os condôminos adquirentes é informada pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que aquela constrói as unidades habitacionais para colocá-las à disposição destes consumidores finais, em claro laço de consumo.

É importante observar, a propósito, que o próprio CODECON ressalta em diversos dispositivos (art. 12, *caput*, e §3º; art. 13, I e II; art. 25, §2º) e, em especial, no art. 3º, que o construtor está compreendido no conceito de fornecedor. Veja-se:

> *"Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".*

Neste passo, mostra-se evidente que, tendo a construtora colocado seus apartamentos à disposição do consumidor final, deve ela responder por eventuais vícios com base no Código de Defesa do Consumidor.

Nem se diga, como pretende a recorrente, que o fato de os condôminos estarem sendo representados pelo condomínio afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, a relação consumerista supramencionada estende-se ao ente fictício, porquanto são os interesses dos próprios consumidores que estão *sub judice* e, por isso, reclamam proteção especial da legislação específica.

Nesta senda, evidentemente que o julgamento do pedido deve subserviência às normas de proteção do consumidor.

III.I.b. Ônus da prova

No que tange ao ônus da prova, como já esclarecido, impõe-se ressaltar que o fato controvertido, que deu ensejo à condenação da requerida no pagamento da diferença de energia consumida pelo sistema de drenagem (ausência de informação adequada), reclama a realização de prova pela parte requerida.

Isso porque, seria inadmissível impor ao condomínio requerente a produção de uma prova negativa, de que não houve informação adequada acerca do sistema de bombas hidráulicas e seu consumo de energia quando da venda das unidades, tudo a demonstrar que, seja pela inversão do ônus da prova ou mesmo por sua distribuição ordinária (art. 333 do CPC), caberia à requerida comprovar a suficiência das informações prestadas, sob pena de se julgar procedente o pedido inicial.

Logo, por qualquer ótica que se visualize a questão, impõe-se verificar se a requerida efetivamente comprovou ter se desincumbido de informar de forma adequada os compradores acerca do sistema de drenagem para, somente então, em caso negativo, responsabilizá-la pela omissão.

III.I.c. Responsabilidade civil na reparação dos danos e direito à informação adequada

No que tange à responsabilidade civil na reparação dos danos materiais, defende a apelante que não praticou ato ilícito passível de responsabilização e nem há dano que lhe possa ser imputado, visto que o consumo de energia do condomínio recorrido não difere substancialmente de outros edifícios de mesmo padrão.

Sustenta, ademais, que não restou comprovada sua culpa no suposto prejuízo, visto que desde a entrega do memorial descritivo da obra já se informava a presença de bombas hidráulicas no prédio, como ocorre em outros empreendimentos assemelhados.

Afirma, ainda, que o próprio perito atestou que no período reclamado (após instalação das bombas hidráulicas sobressalentes) houve diminuição do consumo de energia, ao contrário do quanto sustentado na inicial, a demonstrar a inexistência de prejuízo.

No tópico XII do apelo, refere que prestou informações suficientes aos condôminos quando da venda dos apartamentos, visto que constou do memorial descritivo a instalação das bombas hidráulicas, as quais nem sequer acarretaram um aumento da taxa de condomínio, se comparada com outros empreendimentos similares que nem sequer possuem tal sistema de drenagem.

Por isso, pugnou pela reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial.

No mérito do litígio, tenho que a razão se encontra com a apelante, pelo que, pedindo vênia ao d. Relator, hei por bem inaugurar divergência.

É bem verdade que, em sentido diverso do quanto defendido pela Plaenge, esta responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores, caso a insuficiência ou inadequação das informações prestadas quando da venda dos apartamentos tenham ensejado prejuízos indenizáveis.

É o que dispõe o art. 12 do CODECON, *in verbis*:

> *"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos."*

Nesta trilha, para impor a obrigação de reparar, cabe verificar tão somente se restou praticado um ato ilícito, se houve efetivo dano e se há nexo de causalidade entre este e aquele, tornando-se desnecessário analisar o elemento volitivo da conduta (dolo ou culpa).

Na hipótese, como bem elucidado pelo Juízo de primeiro grau, o fato constitutivo do direito à indenização por dano material está lastreado nos seguintes fundamentos: I – defeito na construção e II – ausência de informação adequada sobre as bombas e o respectivo consumo de energia.

Seguindo este entendimento, a condenação da Plaenge no pagamento da indenização pelo dano material reclamado na inicial pressupõe a demonstração de que houve defeito na construção e de que não houve adequada informação aos compradores quando da venda dos apartamentos.

No que refere ao primeiro aspecto, a perícia foi categórica ao afastar a existência de defeito na construção.

Conforme aposto na conclusão do trabalho técnico, o *expert* fez questão de atestar:

> *"04- A simples perfuração ou transposição do lençol freático propriamente dita, ocorreria em qualquer situação de construção de edifícios do mesmo porte do Pablo Picasso, independentemente da existência ou não de subsolo, o que em condições normais, absolutamente não traz riscos de desabamento ou danos ambientais, e* ***por si só não caracteriza vício de construção****;" grifei*

A propósito, é importante salientar que o próprio julgador de primeira instância rejeitou a primeira tese do condomínio autor, ao deliberar que "*a perfuração do lençol freático, necessária para a fundação de qualquer edifício de médio/grande porte naquela região, não constitui um defeito propriamente dito, mas uma circunstância especial apenas, que não chega a comprometer a estrutura do prédio, motivo pelo qual resta afastada a alegação do autor de que haveriam defeitos estruturais no edifício*" (f. 522).

Sobre isso o condomínio não se insurgiu, tornando preclusa qualquer lucubração em sentido contrário.

Remanesce, então, a discussão acerca da conduta da construtora, para verificar se prestou as informações adequadas quando da venda dos apartamentos.

Acerca disto, o Juízo *a quo*, nada obstante tenha reconhecido que houve expressa menção do sistema de drenagem no item 6.5 do memorial descritivo do imóvel (f. 297), reputou insuficiente tal informação para os fins do art. 6º, III, do CODECON, razão pela qual resolveu responsabilizar a construtora pelo

pagamento de um valor estimativo de consumo excedente de energia, referente às bombas hidráulicas que asseguram o rebaixamento do nível do lençol freático.

Este entendimento restou ratificado pelo d. Relator.

Respeitada a convicção em sentido diverso, tenho por inadmissível a tese erigida pelo condomínio, no sentido de que as informações repassadas pela Plaenge foram insuficientes e inadequadas, causando prejuízo inesperado aos condôminos.

Ora, o memorial descritivo, juntado por cópia à f. 60-77 dos autos, representa um documento informativo que estabelece todas as especificações do empreendimento e permite aos pretensos adquirentes, se devidamente analisado, constatar peculiaridades que eventualmente não lhes satisfaçam, a fim de evitar futuros descontentamentos após a compra da unidade.

Conforme item 6 do memorial (f. 75), a Plaenge consignou expressamente quais os equipamentos que guarneceriam o edifício, fazendo constar a existência de 03 elevadores (6.1), portão automático (6.2), interfone (6.3), gerador de energia elétrica (6.4) e sistema de drenagem (6.5).

Quanto ao sistema de drenagem, o memorial aclarou:

> *"6.5 – SISTEMA DE DRENAGEM*
>
> *No 2º sub-solo haverá sistema de drenagem, constituído de drenos, cisterna, bombas submersas e tubulação para esgotamento da água."*

É incontroverso que tal material foi entregue aos compradores quando da oferta dos apartamentos, visto que o próprio condomínio autor fez constar da inicial:

> *"6. Nas negociações para aquisição dos apartamentos – fase de oferta dos produtos –, a empresa Ré exibia aos consumidores e posteriormente entregava aos adquirentes o Memorial Descritivo da Obra, no qual constava uma lacônica descrição de sistema de drenagem (item 6.5) nos seguintes termos (...) – sem qualquer referência sobre a causa e a necessidade desse procedimento (...)."*

Não há dúvidas, então, de que os compradores receberam tal memorial, o qual previa a instalação do sistema de drenagem.

A propósito, o conhecimento acerca das bombas hidráulicas restou suficientemente aclarado nos autos, visto que o próprio "Termo de Recebimento do Condomínio" subscrito pelo síndico e juntado com a inicial (f. 36) descreve como irregularidade o fato de ser necessário colocar cadeado no quadro de bombas existente no Sub-solo 2.

Não há como sustentar, pois, que era de completo desconhecimento dos adquirentes a existência do sistema de drenagem, cujas bombas hidráulicas, a toda evidência, consomem energia elétrica que deve ser repartida entre os condôminos.

Em meu sentir, supera a lógica do razoável exigir da construtora a extraordinária conduta de asseverar em memorial descritivo a quantidade de consumo de cada equipamento elétrico para, somente assim, reconhecer a suficiência das informações prestadas aos compradores.

Ora, o dever de reparar eventual excesso do consumo de energia deve pressupor, primeiramente, que a Plaenge se valeu do sistema de drenagem com bombas hidráulicas para solucionar eventual defeito na

construção. Caso contrário, não há como impor à construtora o dever de adimplir com o custo da operação e da manutenção do sistema, mormente porque os compradores foram informados de sua existência.

E, neste passo, o conteúdo probatório constante dos autos aclara que a técnica adotada pela Plaenge é necessária para o rebaixamento do nível do lençol freático, cuja metodologia é a mais adequada para empreendimentos assemelhados ao Ed. Pablo Picasso.

O engenheiro civil contratado pelo próprio condomínio, Sr. Eduardo Vargas Aleixo, asseverou em seu laudo extrajudicial que "*Segundo nossos conhecimentos, a solução técnica adotada pela construtora com utilização de bombas de recalque é a mais indicada para a drenagem das águas provenientes do lençol freático do terreno*" (f. 103).

Isso porque, conforme salientado pelo engenheiro contratado pela Plaenge, Sr. Helder Pereira de Figueiredo, "*sem a utilização do controle permanente do nível do lençol freático com poços e bombas de recalque, não seria possível a construção do Edifício Pablo Picasso com o padrão de acabamento que possui atualmente*".

A correção técnica restou confirmada pelo *expert* de confiança do Juízo, Sr. Vinícius Alexandre Oliva Sales Coutinho, o qual fez consignar do laudo (f. 462):

> *"Primeiramente devemos lembrar que o edifício Pablo Picasso é um prédio residencial de 23 pavimentos tipo, térreo e 2 subsolos, construção que necessita de fundações profundas pelo seu grande porte.*
>
> *Como já explanado anteriormente, o lençol freático da região, que se localiza numa profundidade de 4 a 7 metros, seria atingido com certa facilidade no caso da execução de construções de médio e grande porte.*
>
> *A simples perfuração ou transposição do lençol freático propriamente dita, ocorreria em qualquer situação que não as descritas acima, independente da existência ou não de subsolo, o que em condições normais, absolutamente não traz riscos de desabamento ou danos ambientais, e por si só não caracteriza vício de construção, tanto é que a própria Carta Geotécnica recomenda o adensamento urbano dessas áreas."*
>
> *Em resposta aos quesitos, o técnico acrescentou (f. 466):*
>
> *"Para edificações do porte do edifício Pablo Picasso, é necessária a realização de fundações profundas, situação em que seria impossível evitar a perfuração do lençol freático." (resposta ao quesito 3 da requerente)*
>
> *"Devido a situação existente no local, não seria possível a execução do projeto da maneira como encontra-se hoje, sem utilização de bombas." (resposta ao quesito 1 da requerida)*

Diante desses esclarecimentos técnicos, é de rigor concluir que a perfuração do lençol freático era inevitável para a edificação da obra, tendo em vista o tamanho do empreendimento, sua localização e a necessidade de profundas fundações para resguardar a segurança do prédio.

Deduz-se, ademais, que a solução técnica adotada pela construtora foi informada aos consumidores quando da venda/aquisição das unidades autônomas, cujos compradores assumiram a responsabilidade de partilhar as despesas do condomínio cientes da existência de tal sistema de drenagem.

Não se pode deixar de cogitar, como tese argumentativa, que a existência do sistema de drenagem na área comum pode ter ensejado eventual desconto no preço das unidades autônomas, tudo a reforçar a inviabilidade da pretensão inicial.

Neste passo, indene de dúvidas que o simples fato de os compradores reputarem exagerado o consumo de energia dos equipamentos, acarretando a elevação das despesas do condomínio, não é suficiente para tentar compartilhar com a construtora o pagamento do custo operacional e de manutenção.

Diante disso, tendo em vista que os compradores tinham ciência da existência do sistema de drenagem e que não houve defeito na construção do edifício Pablo Picasso, impõe-se afastar a suposta existência de ato ilícito passível de responsabilização.

Em vista disso, renovando o pedido de vênia ao d. Relator, hei por bem divergir de seu entendimento para, em se reformando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial, com as consequências daí advindas.

III.I.d. Extensão dos danos materiais

A Plaenge argumenta, de forma subsidiária, que o juízo singular laborou em equívoco ao condená-la no pagamento do consumo de todas as bombas instaladas no edifício Pablo Picasso, visto que já havia previsão de sua instalação desde o início do empreendimento.

Assevera, demais, que não deve custear a troca de equipamentos, cujo defeito se dê pela má utilização ou falta de manutenção.

Por evidente, a análise destas questões seria oportuna caso restasse afastada a tese de inexistência de ato ilícito. Todavia, uma vez afastada a responsabilidade civil da recorrente, resta prejudicado o exame da extensão do dano material.

III.II. Lide secundária

III.II.a. Responsabilidade civil subjetiva na reparação dos danos morais

Diante do reconhecimento da improcedência do pedido condenatório reclamado na lide principal, impõe-se analisar a pretensão reconvencional.

Neste ponto, a Plaenge sustenta ser devida a condenação do condomínio no pagamento da indenização por danos morais, por ter propalado informações deletérias à sua imagem, em especial no que à existência de defeitos estruturais no edifício, provenientes de vício na construção.

Em que pese o esforço da requerida em tentar demonstrar ter sofrido abalo moral por conta da notificação extrajudicial que lhe foi endereçada e do ajuizamento da presente demanda, não há como acolher o pedido reconvencional.

Inicialmente, cumpre salientar que, a despeito da existência de antiga corrente sustentando não ser cabível a perpetração de danos morais contra pessoa jurídica, certo é que, hodiernamente, encontra-se pacificada a possibilidade de eventual ato ilícito macular a honra objetiva desta pessoa, pois a reputação, imagem, credibilidade etc., podem ser alvo de ataques a prejudicá-la no meio social e empresarial.

A propósito do tema, notáveis são as lições de Sérgio Cavalieri Filho, para quem:

"(...) a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, é exclusiva do

> *ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial."*[1]

Se assim o é, inexiste dúvida quanto à capacidade de a pessoa jurídica ser alvo de prejuízos morais, em sua vertente objetiva, cuja circunstância foi, inclusive, objeto de enunciado sumular do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 227[2]).

Neste passo, é certo que a Constituição Federal de 1988, ao fixar os direitos e garantias fundamentais, instituiu o direito à indenização por danos morais em seu art. 5º, incisos V e X.

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.

Entretanto, 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."*[3]

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."*[4]

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.

---

1 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil.** - 5ª ed. rev. aument. e atual. 2ª tiragem - São Paulo, Malheiros, 2004. p. 110.

2 "STJ Súmula nº 227 - 08/09/1999 - DJ 20.10.1999 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."

3 FIUZA, César. **Direito civil: curso completo.** 8. ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 243.

4 CASORETTI, Simone Gomes Rodrigues. **Comentários ao Código Civil** / [coordenadores] Carlos Eduardo Nicoletti Camilo... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 186.

No que tange à dispensabilidade, ou não, da *prova do dano*, tenho que a análise do fato gerador da responsabilidade civil é decisiva para se fixar a natureza do prejuízo e, por conseguinte, se este ocorre de forma presumida ou não.

Assim, se o prejuízo decorre inexoravelmente do próprio ato ofensivo, indene de dúvidas que é desnecessária a prova específica do dano. Nesta categoria, estariam abrangidos, por exemplo, a inscrição indevida do nome em órgãos de proteção ao crédito e os protestos ilegítimos de títulos, cujos efeitos nefastos do ato acabam por se irradiarem por toda a coletividade (*erga omnes*), acarretando, *in re ipsa*, o dano moral.

Sobre esta categoria de dano moral e em relação à pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de ementar, *in verbis*:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CADASTRO DE INADIMPLENTES. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DEVER DE INDENIZAR. PESSOA JURÍDICA. DANO IN RE IPSA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO.*
>
> *1 - **Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se 'in re ipsa', prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica**. Precedentes específicos.*
>
> *2 - Razoabilidade do quantum indenizatório arbitrado na origem restabelecido pela decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial.*
>
> *3 - Agravo regimental desprovido."* (AgRg no Resp 860.704/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 19/04/2011) Grifei

Em sentido diametralmente oposto, contudo, quando o ato deflagrador não tem o condão de, por si só, ofender a honra objetiva da vítima, é necessário que o dano seja comprovado por meio de prova específica, mediante qualquer elemento de convicção em direito admitido.

Acerca desta posição, a Corte Superior exarou o seguinte precedente:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS TELEFÔNICOS. PROVA DOS PREJUÍZOS. ACÓRDÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.*
>
> *- Os embargos de declaração visam à integração e correção do julgado, objetivos que não se descortinam no caso.*
>
> *- **O tão-só fato da interrupção dos serviços telefônicos não é o bastante para automaticamente inferir-se a ocorrência do alegado dano moral à pessoa jurídica. Necessidade de prova específica a respeito.***
>
> *Recurso especial não conhecido."* (Resp 299.282/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2001, DJ 05/08/2002, p. 347) Grifei

No caso vertente, a simples notificação extrajudicial e posterior ajuizamento de ação, apontando supostos defeitos na construção do edifício, não tem a força necessária para, por si só, macular a honra objetiva da pessoa jurídica requerida.

O fato de o condomínio ter sustentado que houve vício na construção do edifício Pablo Picasso, por si mesmo, não se mostra hábil a comprovar a ocorrência do prejuízo moral, pois restou aclarado que as afirmações do condomínio não desbordaram dos limites das correspondências trocadas administrativamente pelos litigantes e das manifestações apostas nos atos judiciais.

Se assim o é, o simples fato de defender um direito judicial e extrajudicialmente não acarreta abalo presumível ao valor, reputação, etc., da instituição requerida.

Deveria, então, de a pessoa interessada fazer prova de que o reclamo do condomínio teve alguma repercussão na mídia mediante juntada de documento ou mesmo no desempenho da atividade empreendedora da Plaenge.

Todavia, como já adiantado quando da análise da preliminar de cerceamento de defesa, a requerida, já há muitos anos vem demonstrando um crescimento agressivo de suas atividades neste Estado de Mato Grosso do Sul, praticamente exercendo um monopólio em seu setor de atuação.

Ora, à mingua de qualquer elemento de convicção apto a comprovar que a honra objetiva da Plaenge foi colocada em cheque por conta da afirmação de vício na construção do empreendimento "Pablo Picasso", ressoa-me indevida a fixação de indenização por danos morais, pelo não preenchimento de um dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva: existência do dano.

Não fosse suficiente isso, tenho que a simples defesa de um pretenso direito pelos consumidores, sem que se tenha ultrapassado os limites do razoável, como no caso vertente, não tem o condão de ofender a imagem da pessoa jurídica fornecedora, porquanto representa mero aborrecimento ordinário, esperado das relações deste viés.

Neste passo, não se há de sustentar ter havido ato ilícito por parte do condomínio requerente-reconvindo, porquanto este agiu no mais estrito exercício regular de um direito estabelecido no ordenamento jurídico.

Assim, tenho que a pretensão reconvencional é improcedente e, por isso, não merece reforma a sentença neste aspecto.

IV. Ônus sucumbenciais

Finalmente, diante da reforma da sentença, impõe-se reputar prejudicada a apelação da Plaenge na parcela em que reclama a diminuição dos honorários advocatícios.

Todavia, é medida de rigor deliberar acerca dos ônus sucumbenciais na parte dispositiva, arbitrando-se os honorários advocatícios nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

E, neste intento, o arbitramento deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, §4º, combinado com §3º, 'a', 'b' e 'c', do Código de Processo Civil).

Na hipótese da lide principal, percebe-se que a parte vencedora (Plaenge), nada obstante tenha representante legal nesta Capital, possui matriz em cidade diversa dos advogados constituídos, os quais possuem escritório em Campo Grande, circunstância esta que deve ser observada no arbitramento para evitar o malbaratamento do serviço prestado.

Em complemento, verifica-se que a demanda durou, desde seu ajuizamento até a presente data, mais de cinco anos (vide protocolo de f. 02 e data desta decisão) autorizando uma leve majoração do valor dos honorários, em respeito à justa remuneração dos procuradores.

Ademais, apesar de a causa ser de complexidade ordinária, demandou maiores digressões dos profissionais em razão da necessidade de acompanhar o trabalho técnico realizado pelo *expert* do Juízo, com produção de inúmeras peças processuais, peculiaridade esta que não pode ser desconsiderada no momento da fixação.

Por derradeiro, percebe-se que o valor econômico da demanda principal aproxima-se de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), conforme se observa do valor da causa, montante este que serve de parâmetro para definir a verba honorária cabível aos causídicos da parte vencedora.

Diante destas particularidades, tenho que os honorários advocatícios para a lide principal devem ser estipulados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor este que não onera em demasia a parte sucumbente, mas representa uma boa remuneração pelo trabalho desenvolvido pelo profissional do direito.

Quanto ao litígio secundário, infere-se que o vencedor (Condomínio Edifício Pablo Picasso) e os advogados constituídos são da mesma cidade de Campo Grande; que a demanda também durou, desde seu ajuizamento até a presente data, pouco mais de cinco anos (vide protocolo de f. 124 e data desta decisão); que a causa possui valor estimativo e é de baixa complexidade, visto que envolve apenas discussão acerca de danos morais à pessoa jurídica, sem necessidade de maiores dilações probatórias.

Tais circunstâncias, por óbvio, permitem estipular os honorários advocatícios em um valor aquém daquele fixado para a lide principal, porquanto é iniludível que o trabalho desenvolvido circunscreveu-se em poucas peças processuais, na defesa da inexistência de indenização por danos morais.

Assim, atento a tais balizas, afigura-me correto arbitrar os honorários advocatícios para a lide secundária em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia esta que, da mesma forma, não representa gravame excessivo para a parte perdedora, mas se consubstancia uma boa recompensa pelo labor desempenhado pelos advogados.

V. Dispositivo

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Plaenge Empreendimentos Limitada para:

V.I. Preliminarmente:

V.I.a) com o relator, conhecer do agravo retido manejado pela apelante, mas negar-lhe provimento, mantendo incólume a rejeição da prescrição; e

V.I.b) com o relator, afastar as preliminares de ilegitimidade ativa do condomínio e de anulação da sentença (por julgamento *citra petita*, por cerceamento de defesa ou por inverter o ônus da prova na sentença) suscitadas na apelação.

V.II. No mérito da lide principal:

V.II.a) renovando o pedido de vênia ao d. Relator, divergir de seu entendimento para, em reformando-se a sentença hostilizada, julgar improcedente o pedido contido na inicial desta ação de reparação de danos materiais que Condomínio Edificio Pablo Picasso move em face de Plaenge Empreendimentos Limitada.

V.II.b) Por consequência, condeno o condomínio requerente no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), com base no parágrafo 4º, do

artigo 20, do Código de Processo Civil, considerando para tanto a complexidade da causa, o grau de zelo do profissional pelo serviço prestado, bem como o tempo para a sua realização e o valor econômico da demanda.

V.III. No mérito da lide secundária:

V.III.a) antecipando-me ao e. Relator, negar provimento ao apelo, a fim de julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais contida na ação reconvencional que Plaenge Empreendimentos Limitada move em face de Condomínio Edificio Pablo Picasso.

V.III.b) Por consequência, condeno a reconvinte-requerida no pagamento das custas e os honorários advocatícios da ação reconvencional, fixados estes últimos em R$ 10.000,00 (dez mil reais), consoante apreciação equitativa, na forma disposta no art. 20, § 4º, do CPC, considerando, para tanto, o grau de zelo do profissional e o trabalho por ele realizado.

V.IV. Diante da sucumbência recíproca, permanece a obrigação de cada parte litigante arcar (em partes iguais de 50% para cada) com o pagamento dos honorários periciais, conforme deliberação aposta na decisão saneadora de f. 364-373.

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

De acordo com o revisor.

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

Acompanho o Des.Marco André N. Hanson quanto à reconvenção.

Nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AFASTARAM AS PRELIMINARES. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, DERAM PROVIMENTO AO APELO DE PLAENGE EMPREENDIMENTOS LTDA, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO DA INICIAL E, POR UNANIMIDADE, QUANTO À RECONVENÇÃO, NEGARAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 25 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000884-43.2005.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – CESSÃO DE DIREITOS SOBRE IMÓVEL RURAL ENTRE ASCENDENTES E DESCENDENTES – INSTRUMENTO PARTICULAR – NÃO REVESTIDO DA FORMA PRESCRITA EM LEI – ESCRITURA PÚBLICA – CARÁTER ONEROSO – NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DOS DEMAIS HERDEIROS – INTENÇÃO DE DOAÇÃO – ATO SIMULADO – ATO NULO SOB QUALQUER ÂNGULO – NULIDADE DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA POSTERIOR – ALEGAÇÃO DE TERCEIROS DE BOA-FÉ – IRRELEVÂNCIA – ATO JURÍDICO QUE NÃO PRODUZ EFEITOS – RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Se o contrato versa sobre transmissão de direitos imobiliários em valor superior a cinquenta mil cruzeiros e não foi elaborado por escritura pública, conforme determina o artigo 134 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, trata-se de ato nulo de pleno direito por não revestir a forma prescrita em lei, além de ser nula a negociação feita pelo ascendente ao descendente sem o expresso consentimento dos demais.

Se os ascendentes, em verdade, tinham a intenção de doar parte do imóvel a um dos filhos, porém o fizeram em documento de caráter oneroso, realizaram ato simulado igualmente nulo, valendo-se, ainda, da dispensa de anuência dos herdeiros na transmissão a título gratuito.

Consequente nulidade do contrato posterior de compra e venda firmado pelo descendente, o qual dispôs de bem que não lhe pertencia, impondo-se o retorno das partes ao status quo ante, independentemente de serem ou não terceiros de boa-fé, eis que os referidos contratos não produziram quaisquer efeitos jurídicos por estarem eivados de nulidades insanáveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, MS, 15 de outubro de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Dielson Cáceres Gonçalves, Maria Zazula e Sidinei Oening, interpuseram recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nestes autos de ação anulatória de ato jurídico movida por Alceu Cáceres Gonçalves.

A sentença julgou procedente o pedido inicial para: 1) declarar a nulidade do contrato particular de compromisso de compra e venda celebrado em 10/12/2003, entre Dielson Cáceres Gonçalves e Sidinei Oening com sua esposa Maria Zalula Oening, com a anuência de Namirton Pedro Mezza e sua esposa Ivete Maria Peretti Meazza; 2) determinar a devolução da área de 23 ha e 6.300m² para o espólio de Nazário Gonçalves; 3) condenar o réu Dielson Cáceres Gonçalves a restituir eventual preço pago pela área vendida aos réus Sidinei Oening e Maria Zazula Oening, acrescidos de correção monetária desde o momento do desembolso. Em face da sucumbência, condenou os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

O recorrente Dielson Cáceres Gonçalves (f. 843/854), em síntese, sustenta que a área em questão lhe pertence e foi cedida a si por seus genitores, sendo válido o instrumento de cessão e a consequente compra e venda efetuada aos réus Sidinei Oening e Maria Zazula Oening, os quais estão na posse do imóvel há 10 anos e não é justo que sejam obrigados a deixar o local em virtude da nulidade do contrato, o qual foi celebrado de boa-fé por todas as partes.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a validade do contrato de compra e venda acostado à f. 32/36, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Os recorrentes Maria Zazula e Sidinei Oening (f. 857/863), em seu apelo, argumentam que são terceiros de boa-fé e cada um dos herdeiros recebeu sua parte no pagamento da área adquirida, de modo que concordaram com a venda.

Assim, requerem o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão inicial. Pedem o prequestionamento da matéria.

Contrarrazões à f. 880-892 e 894-899.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Dielson Cáceres Gonçalves, Maria Zuzula e Sidinei Oening contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nestes autos de ação anulatória de ato jurídico movida por Alceu Cáceres Gonçalves.

A sentença julgou procedente o pedido inicial para: 1) declarar a nulidade do contrato particular de compromisso de compra e venda celebrado em 10/12/2003, entre Dielson Cáceres Gonçalves e Sidinei Oening com sua esposa Maria Zalula Oening, com a anuência de Namirton Pedro Mezza e sua esposa Ivete Maria Peretti Meazza; 2) determinar a devolução da área de 23ha e 6.300m² para o espólio de Nazário Gonçalves; 3) condenar o réu Dielson Cáceres Gonçalves a restituir eventual preço pago pela área vendida aos réus Sidinei Oening e Maria Zazula Oening, acrescidos de correção monetária desde o momento do desembolso. Em face da sucumbência, condenou os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Para melhor compreensão da matéria posta em análise, impede fazer uma rápida síntese da situação fática.

Versam os presentes autos sobre Ação Anulatória, que Alceu Cáceres Gonçalves propôs em face de Dielson Cáceres Gonçalves, Sidinei Oening, Maria Zazula Oening, Namirton Pedro Meazza e Ivete Maria Peretti Meazza, visando a anulação do contrato particular de compra e venda da área de 23 ha e 6.300 m², do imóvel objeto da matrícula n. 55.921 do CRI de Dourados, sob o argumento de que o Réu Dielson

Cáceres Gonçalves não estava legalmente autorizado a efetuar tal venda, por não ser o legítimo proprietário do imóvel.

Em 05/11/1992, Nazário Gonçalves e sua esposa Niria Cáceres Gonçalves, ambos já falecidos, firmaram contrato particular de compra e venda com os Réus Namirton Pedro Meazza e Ivete Maria Peretti Meazza, cujo objeto era a venda da área de 23 ha 6.300 m² do imóvel objeto da matrícula n. 55.921, com área total de 102,7 ha (documento original - fls. 593/594).

Em 06/11/1992 (um dia após a primeira negociação), Nazário Gonçalves e sua esposa Niria Cáceres Gonçalves, mediante instrumento particular, cederam os direitos relativos ao referido contrato de compra e venda, ao seu filho Dielson Cáceres Gonçalves, ora Réu (documento original -fls. 595/596), visando beneficiar-lhe com parte do imóvel, que segundo o réu Dielson era o que lhe seria doado por ter trabalhado com os pais quando em vida para melhorias no imóvel.

O requerido Dielson Cáceres Gonçalves, por sua vez, vendeu a referida área aos Réus Sidinei Oening e Maria Zazula Oening, sem possuir poderes para tanto, com anuência dos requeridos Namirton Pedro Meazza e Ivete Maria Peretti Meazza.

Alega o Autor a nulidade dos atos judiciais envolvendo a compra e venda da área de 23 ha 3.600m² do imóvel objeto da matrícula n. 55.921 do CRI local, tendo em vista a existência de irregularidades no contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações firmado em favor do Réu Dielson Cáceres Gonçalves.

Feito esse breve retrospecto, passa-se à análise dos recursos em conjunto por versarem sobre matéria comum.

O recorrente Dielson Cáceres Gonçalves argumenta que a área em questão lhe pertence e foi cedida a si por seus genitores, sendo válido o instrumento de cessão e a consequente compra e venda efetuada aos réus Sidinei Oening e Maria Zazula Oening, os quais estão na posse do imóvel há 10 anos e não é justo que sejam obrigados a deixar o local em virtude da nulidade do contrato, o qual foi celebrado de boa-fé por todas as partes.

Por seu turno, os apelantes Maria Zazula e Sidinei Oening afirmam que são terceiros de boa-fé e que cada um dos herdeiros recebeu sua parte no pagamento da área adquirida, de modo que concordaram com a venda.

Não lhes assiste razão, estando correta a sentença proferida com brilhantismo pela magistrada de instância singela.

De início, observo que, independentemente de ser verdadeira ou não a assinatura do genitor Nazário Gonçalves aposta no instrumento denominado "Contrato Particular de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações", cujo original se encontra acostado à f. 595/596 – em relação à qual o laudo grafotécnico realizado no Inquérito Policial 404/2006 concluiu ser falsa – a questão em tela se resolve, antes de mais e sem ser necessário adentrar na materialidade do documento, pela análise dos aspectos formais e legais envolvendo a confecção dos pactos e os direitos neles dispostos, limitando-se, em verdade, à inobservância das formalidades legais e à ausência de legitimidade das partes para disporem sobre os direitos neles previstos.

Com efeito, nesse sentir, infere-se pelo teor do referido contrato que os genitores do requerido Dielson Cáceres Gonçalves transferiram-lhe, a título oneroso, os direitos sobre a compra e venda efetuada um dia antes aos requeridos Namirton Pedro Meazza e Ivete Maria Peretti Meazza, tanto que assim constou no pacto:

> *"2. Os CEDENTES, neste ato, cedem e transferem todos os direitos das cláusulas 2ª e 3ª, assim como a obrigação da cláusula 7ª, abaixo descritas, ao CESSIONÁRIO, isso por direito em participar como sócio na aquisição da terra usucapienda ora parcialmente vendida ao anuente, por direito de fato a 30 ha do imóvel Santa Terezinha."* (f. 595)

Aliás, no referido instrumento, apesar de constar como anuentes os então compradores Namirton Pedro Meazza e Ivete Maria Peretti Meazza, estes não assinaram o contrato (f. 596).

Pois bem, se a intenção dos genitores era doar ao filho Dielson uma parte do imóvel em virtude da participação deste na conquista e formação da área, recompensando-o pelos serviços prestados e pela dedicação ao local e aos pais por lá residir e trabalhar - pretensão essa exaustivamente afirmada nos autos e até mesmo reconhecida por alguns herdeiros em declarações unilaterais acostadas – indubitavelmente, em primeiro lugar, deveriam tê-lo feito através de escritura pública de doação, por ser este o meio legal adequado e apto a surtir os efeitos que pretendiam obter com a formalização do referido ato.

A respeito, dispunha o artigo 134 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos:

> *"Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:*
>
> *I – nos pactos antenupciais e nas adoções;*
>
> *II – nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola."*

Nesse prisma, deve-se analisar a hipótese em exame sob à luz do art. 82 do Código Civil de 1916, que dispõe: *"Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)".*

Dispositivo esse conjugado com o art. 145 do mesmo diploma legal que estatui:

> *"Art. 145. É nulo o ato jurídico:*
>
> *I – quando for praticado por pessoa absolutamente incapaz;*
>
> *II – quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;*
>
> ***III – quando não revestir a forma prescrita em lei;***
>
> *IV – quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;*
>
> *V – quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito."*

Conclui-se, portanto, que aquele instrumento particular não se revestiu das formalidades legais, porquanto não foi lavrado na forma prescrita em lei de escritura pública para contratos translativos de direitos reais em valor superior a cinquenta mil cruzeiros, uma vez que é incontroverso que o bem supera essa quantia, eis que o contrato de compra e venda firmado entre os falecidos e Namirton Pedro Meazza e Ivete Maria Peretti Meazza perfez o valor de Cr$ 66.400,000,00 (sessenta e seis milhões e quatrocentos mil cruzeiros).

Em consequência, não tendo o ato sido revestido da formalidade necessária, é nulo de pleno direito, conforme enuncia o artigo 145 supracitado.

E o artigo 130:

> *"Art. 130. Não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida."*

Ademais, se o intento era doar, trata-se de ato simulado ante seu caráter oneroso e por não ter constado no contrato que a disposição se referia a uma doação, o que permite concluir que foi ocultada a doação feita a um filho em prejuízo dos demais, uma vez que, assim o sendo, deveria, por força da lei, ter a anuência de todos os herdeiros, nos termos do art. 1.132 do Código Civil de 1916.

E, ainda, que se considere que a cessão não foi a título oneroso, o que não corresponde ao que exsurge do pacto, mas gratuita o que equivaleria à doação e nesta é dispensada a anuência dos demais descendentes, igualmente o ato jurídico seria nulo, tendo em vista a simulação que o reveste e por não preencher a forma de escritura pública prevista no art. 134 do CC, já que elaborado com a finalidade de esconder doação ao filho Dielson, de modo que este não teria que trazer o imóvel à colação.

Por oportuno, confira-se:

> *E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – DOAÇÃO DE IMÓVEL RURAL A UM DOS FILHOS – ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO LAVRADA SEM A OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Se a escritura pública de doação foi lavrada sem a observância dos requisitos contidos no artigo 134 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, restando caracterizada a comprovação da ocorrência de vício a macular o ato, a anulação da doação efetivada deve ser declarada.*
>
> (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2004.012981-4/0000-00, Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, Quinta Turma Cível, 12.3.2009)
>
> *E M E N T A – DIREITO CIVIL – COMPRA E VENDA ENTRE DESCENDENTE E ASCENDENTE – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DOS DEMAIS HERDEIROS – ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO MALICIOSA – NULIDADE DA ALIENAÇÃO.*
>
> *É nula a venda feita pelo ascendente ao descendente sem o expresso consentimento dos outros descendentes.*
>
> *A parte que pratica simulação maliciosa não pode alegá-la para obter benefício em ação que tem por objeto o negócio viciado.*
>
> (Apelação Cível - Ordinário - N. 2002.004007-1/0000-00, Relator - Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz, Primeira Turma Cível, 27.8.2002)

Portanto, de qualquer prisma que se analise o instrumento e a intenção das partes nele intervenientes, tanto se visto como um negócio oneroso, o que dependeria do consentimento dos demais herdeiros, como doação, a qual exige escritura pública em razão do valor do imóvel doado, e estaria o ato sendo simulado, é irrefutável que se trata de ato jurídico nulo que não pode produzir quaisquer efeitos.

Como decorrência lógica da nulidade do pacto acima analisado, nulo é o contrato que dele decorre, ou seja, o contrato de compra e venda em que Dielson transferiu aos requeridos Sidinei Oening e Maria Zazula Oening os direitos que supostamente lhe teriam sido cedidos por seus genitores.

Estando comprovado e reconhecido nos autos que o contrato de cessão de direitos possui vícios insanáveis que o tornam nulo sem produção de quaisquer efeitos, todo ato jurídico que dele decorrer estará contaminado e não surtirá consequências jurídicas.

E, para tanto, independe de estarem os terceiros adquirentes de boa-fé ou não, tendo em vista que o requerido Dielson transferiu direitos imobiliários que não lhe pertencem, e, como se sabe, ninguém pode transacionar sobre aquilo que não possui.

Logo, sendo nulo o "Contrato Particular de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações" firmado entre Nazário Gonçalves e sua esposa Niria Cáceres Gonçalves com o requerido Dielson Cáceres Gonçalves, igualmente eivado de nulidade o contrato celebrado entre este último e os réus Sidinei Oening e Maria Zazula Oening, impondo-se o retorno das partes ao estado anterior dos referidos pactos.

Anote-se o entendimento deste tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO – PRELIMINARES – NULIDADE DE SENTENÇA – NÃO-APRECIAÇÃO DE TODAS AS MATÉRIAS DE DEFESA E DO DIREITO DOS APELANTES DE RECEBER DE VOLTA O VALOR DESPENDIDA, APÓS A ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – AFASTADAS – MÉRITO COM JUROS USURÁRIOS – ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – RESTABELECIMENTO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> (Apelação Cível nº 2001.010747-3/0000-00 - Campo Grande. Desº Relº Paulo Alfeu Puccinelli. Terceira Câmara Cível – TJ/MS. DJ 09-02-2004)

Por fim, vale destacar que qualquer eventual direito que o casal terceiro adquirente julgue possuir em virtude de sua alegada boa fé na relação contratual, deverá ser postulado e discutido em autos próprios.

Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSAO. EXISTÊNCIA. AÇÃO PAULIANA. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES DE IMÓVEIS QUE PERTENCIAM AOS DEVEDORES. ANULAÇAO DE COMPRA DE IMÓVEL POR TERCEIROS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇAO DA PROCEDÊNCIA AOS QUE AGIRAM DE MÁ-FÉ. QUE DEVERÃO INDENIZAR O CREDOR PELA QUANTIA EQUIVALENTE AO FRAUDULENTO DESFALQUE DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. PEDIDO QUE ENTENDE=SE IMPLÍCITO NO PLEITO EXORDIAL.*
>
> *1. [...]*
>
> *2. O acórdão reconhece que há terceiros de boa-fé, todavia, consigna que reconhecida a fraude contra credores, aos terceiros de boa-fé, ainda que se trata de aquisição onerosa, incumbe buscar indenização por perdas e danos em ação própria. Com efeito, a solução adotada pelo Tribunal de origem contratia o artigo 109 do Código Civil de 1916 – correspondente ao artigo 161 do Código Civil de 2002 – também afronta a inteligência do artigo 158 do mesmo Diploma – que tem redação similar à do artigo 182 do Código Civil de 2002 –, que dispunha que, anulado o ato, restituir-seão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.*
>
> *[...]*
>
> *4. Recurso especial parcialmente provido."*
>
> (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/04/2013, T4 - QUARTA TURMA)

Assim, deve ser mantida a sentença com relação a anulação do contrato de compra e venda e ser devolvida a área de 23ha 6.300m² para o espólio de Nazário Gonçalves e Níria Cáceres Gonçalves.

Quanto ao prequestionamento realizado, importa registrar que, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente analisadas, resta dispensável a manifestação expressa acerca de cada dispositivo legal.

Ante o exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

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, Des. Atapoã da Costa Feliz e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4007330-19.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO – EMPRESA PÚBLICA – REGIME DE DIREITO PRIVADO – SERVIDORA CELETISTA – IMPOSSIBILIDADE PARA FINS DE ASCENSÃO E PROGRESSÃO FUNCIONAL – SEGURANÇA DENEGADA.

O período trabalhado em empresas públicas e em sociedades de economia mista por servidor público deve ser averbado apenas para fins de aposentadoria e de disponibilidade, não podendo, portanto, ser computado para fins de obtenção de adicional por tempo de serviço.

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, com o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente por férias o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Mariza Madalena Dahmer impetra Mandado de Segurança contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul.

A impetrante sustenta, em síntese, que:

1- foi admitida no serviço público em 08/09/1998, pelo regime da CLT, para o cargo de Técnico Social Rural, prestando serviços junto à Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural – EMPAER/MS;

2- em 03 de julho de 2002, teve ser cargo transformado para Agente de Desenvolvimento Rural (DO n. 5.786, de 04/07/2002), com efeitos a partir de 01/05/2002, sendo inserida na classe “A” da tabela de referido cargo;

3- posteriormente, concederam-lhe duas promoções funcionais, uma da classe “A” para a “B” (Decreto “P” n. 2.255, de 02/07/2008 – publicado no DO n. 7.247/08) com efeitos a contar de 01/07/2004 e a outra da classe “B” para “C” (Decreto “P” n. 3.902, de 05/10/2009 – publicado no DO n. 7.759, de 08/10/2009), com efeitos a contar de 01/07/2009;

4- em fevereiro de 2013, tais promoções foram revistas, pois teriam sido concedidas de forma irregular;

5- o saldo do tempo de serviço, não utilizado para definição do enquadramento decorrente da transformação do cargo, deve ser utilizado na apuração do interstício para a promoção, de modo que não houve qualquer irregularidade que ensejasse a anulação dos citados atos administrativos.

Por essas razões, requer a concessão da segurança.

Notificada a autoridade apontada como coatora, esta apresentou informações às f.100-120, sustentando pela não concessão da ordem.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da segurança (f. 236-247).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Mariza Madalena Dahmer contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, consistente na revisão ilegal das promoções funcionais anteriormente deferidas à impetrante.

A segurança deve ser denegada

Com efeito, estabelece o art. 1º, da Lei 12.016/2009, que:

> *"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".*

No caso dos autos, a impetrante afirma que foi admitida no serviço público aos 08/09/1998, pelo regime da CLT, para o cargo de Técnico Social Rural, prestando serviços junto à Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul – EMPAER.

E, que em 03/07/2002, teve seu cargo transformado para Agente de Desenvolvimento Rural, com efeitos a partir de 01/05/2002, sendo inserida na classe "A", da tabela do referido cargo.

Assim, dessume-se que o ato impugnado refere-se a readequação das promoções funcionais, decorrentes do tempo de serviço prestados pela impetrante.

Na hipótese vertente, tem-se que a Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul – EMPAER, foi criada pelo Decreto n. 27, de 1º de janeiro de 1979 (art. 1º[1]), como uma empresa pública.

Em seguida, existiram alterações naquela norma, através do Decreto n. 619, de 17 de julho de 1980, do Decreto n. 4.672, de 08 de julho de 1988 e do Decreto de n. 6.176, de 1º de novembro de 1991, os quais modificaram a Secretaria que referida empresa ficaria vinculada, mas deixaram claro que se tratava de uma empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado.

1 Art. 1º - **A Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul (EMPAER) é uma empresa pública**, vinculada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico e por ela supervisionada, **com personalidade jurídica de direito privado,** patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, com capital exclusivo do Estado, sede e foro na Capital do Estado e prazo de duração indeterminado, que se regerá por estes Estatutos, pela legislação aplicável e pelas normas e costumes comerciais. (destacado).

Posteriormente, a Lei n. 2.152, de 26 de outubro de 2000, reorganizou a estrutura básica do Poder Executivo, dispondo em seu art. 83, inciso V, alínea "a"[2], que a EMPAER estaria em liquidação, bem como que o patrimônio e o pessoal desta seriam incorporados à Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul - EGRHP e as suas funções ao Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul – IDATERRA.

No parágrafo único[3] do art. 84, da aludida Lei, afirmava-se, ainda, que o patrimônio desta seria incorporado, prioritariamente, aos órgãos e entidades que absorvessem suas funções, ou seja, ao IDATERRA.

Houve, ainda, o Decreto n. 10.136, de 23 de novembro de 2000, o qual transferiu para Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do sul os empregados da área de pesquisa da EMPAER (art. 1º[4]), bem como o Decreto n. 10.219, de 24 de janeiro de 2001, que redistribuiu os empregados remanescentes da EMPAER para o Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural - IDATERRA (art.1º, parágrafo único[5]).

Em 07 de maio de 2002, através do Decreto n. 10.761, os cargos ocupados, em 26 de outubro de 2000, pelos empregados da EMPAER, entre outros institutos, foram transformados em funções da mesma denominação (art. 1º).

Posteriormente, em 07 de julho de 2005, por meio do Decreto n. 11.982, a impetrante passou do regime celetista para estatutário, nos termos do art. 3º, III, e, art. 28, ambos do referido Decreto. Vejamos:

> *"Art. 3º* ***As categorias funcionais da carreira Gestão de Atividades de Desenvolvimento Agrário*** *são integradas pelas seguintes funções:*
>
> *(...);*
>
> *III - de Agente de Desenvolvimento Rural, pelas funções de* ***Técnico de Desenvolvimento Rural, Técnico Socioorganizacional Rural*** *e Agente de Serviços Socioorganizacionais" (destacado).*
>
> ***"Art. 28. Os servidores da carreira Gestão de Atividades de Desenvolvimento Agrário serão regidos pelo Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Mato Grosso do Sul, instituído pela Lei n° 1.102, de 1990,e alterações posteriores".*** *(destacado).*

Dito isso, tenho que segurança deve ser denegada, porquanto o período de tempo em que a impetrante exercia o cargo de Técnico Social Rural até a sua transformação para o cargo de Agente de Desenvolvimento Rural, ou seja, de setembro de 1998 à 1º de maio de 2002, não pode ser computado para fins de adicional por tempo de serviço, visto que era exercido sob o regime celetista e, não estatutário, não se podendo falar em direito adquirido e muito em direito líquido e certo.

---

2 Art. 83. Para a implantação da reorganização do Poder Executivo e visando atingir as metas de redução de despesa e o ajuste fiscal, ficam determinadas as seguintes medidas:
V - a liquidação das seguintes empresas e a incorporação do seu pessoal e do seu patrimônio à Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul:
a) da Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul - EMPAER, e a incorporação das suas, funções ao Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul.

3 Art. 84.
Parágrafo único. O patrimônio das autarquias extintas e das empresas em liquidação deverá ser incorporado, prioritariamente, aos órgãos ou às entidades que absorverem as suas funções.

4 Art. 1º Ficam transferidos para a Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul os empregados da Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul, cujas atribuições básicas são inerentes à área de pesquisa.

5 Art. 1º.
Parágrafo único. Os empregados remanescentes da Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul, em processo de liqüidação, que atuavam na área de pesquisa agropecuária, ficam redistribuídos para o Instituto de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul.

Assim, referido tempo somente pode ser contado para fins de aposentadoria e/ou disponibilidade, mas não como adicional de tempo de serviço.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO PERANTE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. BANCO DO BRASIL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONTAGEM PARA FINS DE INCIDÊNCIA DE ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. (...).* ***2. A jurisprudência do STJ entende que, submetendo-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, o tempo prestado pelo recorrido no Banco do Brasil S/A somente pode ser computado na forma prevista no art. 103, inc. V, da Lei n. 8.112/90, isto é, conta-se apenas para efeitos de aposentadoria e disponibilidade. 3. Tratando-se de servidor público federal que prestou serviços*** *ao Banco do Brasil, ou seja,* ***sociedade de economia mista, mostra-se incabível o cômputo do período trabalhado para fins de percepção de adicional de tempo de serviço.*** *4. Recurso especial parcialmente provido.* (REsp 1220104/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 10/03/2011). *Destacado.*
>
> *Alegação de ofensa ao art. 535, I e II, do Cód. de Pr. Civil. Inexistência de obscuridade e de omissão.* ***Impossibilidade do cômputo, para fins de anuênios, de tempo de serviço prestado em sociedade de economia mista.*** *Precedentes. Dissídio jurisprudencial incomprovado. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1082085/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 18/12/2009). Destacado.
>
> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO. INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – GATS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. RECURSO IMPROVIDO. 1.* ***O Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, já firmou o entendimento no sentido de que servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico.*** *2. Hipótese em que, não obstante a mudança de regime jurídico – de celetista para estatutário – e posterior opção pelo enquadramento no Plano de Carreira dos Servidores do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, regido pela Lei Estadual 7.233/02, os recorrentes buscam incorporar aos seus vencimentos a Gratificação Adicional por Tempo de Serviço – GATS, devida e calculada conforme o regime pretérito, o que encontra óbice no pacífico entendimento jurisprudencial acima referido. 3. Recurso ordinário improvido.* (RMS 20.691/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 11/06/2007, p. 335). Destacado.

Este Tribunal, aliás, já se manifestou a respeito do assunto:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À EMPRESA PÚBLICA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA – CÔMPUTO PARA EFEITOS DE APOSENTADORIA E VERBAS REMUNERATÓRIAS – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.* ***Passando o servidor público a ser regido pelo regime estatutário, o tempo de serviço prestado à Empresa Pública integrante da Administração Indireta deve ser computado***

> ***para todos os efeitos legais, com exceção da ascensão e da progressão funcionais.*** (TJMS, MS n. 0602685-04.2012.8.12.0000, Campo Grande, Des. Rel. Julizar Barbosa Trindade, 3ª Seção Cível, j. 20/05/2013). Destacado.
>
> *E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A EMPRESAS PÚBLICAS. AVERBAÇÃO APENAS PARA FINS DE APOSENTADORIA E DE DISPONIBILIDADE. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.* ***O período trabalhado em empresas públicas e em sociedades de economia mista por servidor público deve ser averbado apenas para fins de aposentadoria e de disponibilidade, não podendo, portanto, ser computado para fins de obtenção de adicional por tempo de serviço.*** *(...). (*TJMS, MS n.0603246-28.2012.8.12.0000, Campo Grande, Des. Rel. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Seção Cível, j. 06/05/2013). Destacado.
>
> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – APLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – MÉRITO – DESTAQUE AO TEOR DAS SÚMULAS 269 E 271 DO STF – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – ARTIGO 111 DA LEI N. 1.102/1990 – APENAS AOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE AGREGAR TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO JUNTO À EMPRESA PÚBLICA – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – AUSENTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA. (...).* ***Resta obstaculizado ao servidor, a teor do disposto nos artigos 3º, I, e 111, caput, da Lei n. 1.102/1990, pretender agregar como tempo de serviço para fim de adicional sob o mesmo título aquele anteriormente prestado junto à Empresa Pública ao risco de aviltar o Princípio da Legalidade.*** (TJMS, MS n.0023965-17.2011.8.12.0000, Campo Grande, Des. Rel. Divoncir Schreiner Maran, Órgão Especial, j. 07/12/2011). Destacado.

Assim, tem-se que a data inicial para apuração dos interstícios referidos no inciso I[6], do art. 13, do Decreto n. 11.892/2005, deve ser contada do enquadramento do servidor na classe do cargo resultante da transformação de que trata o art. 20[7], da Lei n. 2.065/99, nos termos do que determina o art. 13, §1º, I[8], do Decreto n. 11892/2005, ou seja, começa-se a contar do dia que houve a transformação da função da impetrante para o cargo de Agente de Desenvolvimento Rural, ocorrido em 03/07/2002, com efeitos a contar de 1º de maio de 2002, completando-se em dezembro de 2007, com a concretização do ato em julho de 2008, e, assim, sucessivamente.

De mais a mais, a impetrante não comprovou que tenha restado qualquer saldo de tempo de serviço no cargo não utilizado para definição da classe no enquadramento a fim de que fosse utilizado na apuração do interstício, não se desincumbido do ônus que lhe competia, pois o mandado de segurança exige prova pré-constituída, não sendo admitida a dilação probatória.

Destarte, ausente direito líquido e certo a ser amparado, a denegação da ordem é medida de rigor.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, denego a segurança. Sem custas e honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei n. 12.016/2009.

6c Art. 13. Será exigido do servidor para concorrer à promoção:
I - pelo critério de antiguidade, contar, no mínimo, após confirmação no cargo, cinco anos de efetivo exercício na classe em que estiver classificado;

7 Art. 20. Terão seus cargos transformados todos os servidores efetivos em exercício na data de vigência desta Lei e lotados em órgãos e entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo, conforme as linhas de transposição estabelecidas no anexo XIV desta Lei.

8 Art. 13.
§ 1° Será considerada como data inicial para a apuração dos interstícios referidos no inciso I e na alínea "a" do inciso II, a data:
I - do enquadramento do servidor na classe do cargo resultante da transformação de que trata o art. 20 da Lei n° 2.065, de 1999;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE POR FÉRIAS O DES. JULIZAR BARBOSA TRINDADE.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Josué de Oliveira e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4008626-76.2013.8.12.0000 – Três Lagoas
Relator Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – IMISSÃO PROVISÓRIA – IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO DEPOSITADA – PRÉVIA AVALIAÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE – DECRETO-LEI N. 1.075/1970 – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Resta não provido o agravo de instrumento quando verificado que a decisão recorrida corretamente determinou a realização de perícia de avaliação judicial do valor do bem a ser expropriado, depois de impugnada a quantia depositada a título de indenização pela expropriante, já que assim prevê os artigos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 1.075/1970, que regula a imissão de posse, no início da lide, em imóveis residenciais urbanos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 12 de novembro de 2013.

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Sanesul - Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul SA, nos autos em que contende com Ildegardes Rodrigues de Oliveira, interpôs agravo de instrumento, no qual, em síntese, sustenta que:

1. deve ser reformada a decisão que, nos autos da ação de desapropriação proposta pela recorrida, rejeitou o pedido de imissão provisória na posse do imóvel discutido;

2. o Decreto Lei n. 3.365/1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, não exige a comprovação do valor venal do imóvel para o deferimento da mencionada liminar e, ainda assim, a agravante colacionou nos autos da ação originária, avaliação do imóvel realizada pela Junta da Avaliação do Estado - JAE;

3. a imissão provisória na posse é condição para a continuidade das obras de melhorias no sistema de abastecimento da cidade de Três Lagoas, mais especificamente é condição para a construção e implementação do emissário de esgoto sanitário naquele município; e,

4. a obra em questão é processo complexo (estudo, viabilização financeira, licitação, contratação, etc), daí porque o tempo de trabalho é absolutamente compatível com ela, além do que o início das obras esta justamente condicionado ao deferimento da imissão na posse.

Ao final, requereu a tutela antecipada recursal consistente na imissão provisória da autora na posse do imóvel e, após, o provimento do recurso para que seja reformada a decisão, com base em suas alegações.

O agravo foi recebido apenas no efeito devolutivo, bem como foi determinada a intimação do agravado para, querendo, no prazo legal, apresentar contraminuta ao recurso.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, a agravante Sanesul - Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul SA insurge-se da decisão que, nos autos da ação de desapropriação proposta pela recorrida, teria rejeitado o pedido de imissão provisória na posse do imóvel discutido.

Pois bem. Por meio do Decreto E, nº 4, de 19 de março de 2013, foi o referido imóvel declarado utilidade pública para fins de desapropriação com o objetivo de a agravante construir uma estação elevatória de esgoto no Município de Três Lagoas/MS, considerando que o traçado sugerido para a construção da citada obra passará no mencionado terreno. Com isso, a recorrente requereu a imissão provisória na posse da área de 250 m^2 de propriedade do agravado, oferecendo depósito na quantia de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), baseada em laudo elaborado pela "Junta de Avaliação do Estado", atestando esse valor como sendo o de mercado do imóvel desapropriado.

O montante consignado pela CESP como sendo correspondente à indenização ao proprietário, foi por este último impugnado.

O pedido de imissão provisória na posse do bem foi indeferido pela decisão agravada sob o fundamento de que não restou comprovado o valor venal do imóvel (para fins tributários), mediante certidão própria, necessitando o feito de realização de perícia na propriedade para tal fim, bem como em razão da ausência de urgência máxima para citada imissão, já que a obra está em fase de estudo e, ainda, houve contestação do preço, exigindo produção de provas (f. 162-163).

Ora, para imissão provisória na posse em decorrência de desapropriação de um bem particular, deve ocorrer a justa indenização ao seu proprietário quanto ao imóvel.

Portanto, nenhuma censura merece a decisão recorrida ao determinar realização de perícia para apurar o real valor do bem discutido, nos termos do que estabelecem os artigo 14 e 23, do Decreto-lei n. 3365/1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Veja:

> *"Art. 14. Ao despachar a inicial, o juiz designará um perito de sua livre escolha, sempre que possível, técnico, para proceder à avaliação dos bens.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 23. Findo o prazo para a contestação e não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará o laudo em cartório até cinco dias, pelo menos, antes da audiência de instrução e julgamento.*"

Aliás, o Decreto-Lei nº 1.075/1970, que regula a imissão de posse, no início da lide, em imóveis residenciais urbanos, em seus artigos 1º e 2º, deixa bem evidente a necessidade da realização da pericial judicial quando impugnado o valor pelo proprietário do bem imóvel urbano, antes de deferir-se a imissão de posse:

"Art 1º Na desapropriação por utilidade pública de prédio urbano residencial, o expropriante, baseado urgência, poderá imitir-se provisóriamente na posse do bem, mediante o depósito do preço oferecido, se êste não fôr impugnado pelo expropriado em cinco dias da intimação da oferta.

Art 2º Impugnada a oferta pelo expropriado, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, fixará em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel.

Parágrafo único. O perito, quando designado, deverá apresentar o laudo no prazo máximo de cinco dias."

Neste sentido:

***Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. IMÓVEL URBANO COM EDIFICAÇÃO, OCUPADO PARA FINS RESIDENCIAIS. AVALIAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA. 1. Afigura-se imprescindível a observância do procedimento judicial, para fins de desapropriação de imóveis residenciais urbanos, definido no Decreto-Lei nº 1.075/1970, em que se exige o contraditório prévio. Caso concreto em que segundo os documentos acostados ao recurso, a acessão situada no imóvel está sendo ocupada pelo demandado e sua companheira para fins residenciais, o que afasta o direito à imediata imissão na posse pelo expropriante, salvo se houvesse concordância com o preço ofertado, conforme a disciplina aplicável do referido DL nº 1.075/70. 2. Imissão provisória na posse concedida na origem. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70055847347, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 23/10/2013)*

***Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. IMÓVEL URBANO COM EDIFICAÇÃO, SEM ESCLARECIMENTO SOBRE SE OCUPADO PARA FINS RESIDENCIAIS. AVALIAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA DETERMINADA NA ORIGEM. 1. O pressuposto para a imissão prévia do ente público no imóvel expropriando é a consistência e relevância da alegação de urgência, verdadeira e única justificativa para, em nome do interesse público, permitir que o ente expropriante, antes do pagamento do preço justo e integral do bem expropriado, venha a apossar-se do bem do particular. 2. Afigura-se imprescindível a observância do procedimento judicial, para fins de desapropriação de imóveis residenciais urbanos, definido no Decreto-Lei nº 1.075/1970, em que se exige o contraditório. Caso concreto em que não se encontra qualquer esclarecimento sobre se as acessões situadas no imóvel expropriando estariam ou não sendo ocupadas, caso em que, se estiverem, estaria afastado o direito à imediata imissão na posse pelo expropriante, em razão da impositiva observância do regime legal previsto no Decreto-Lei nº 1.075/70. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.* (Agravo de Instrumento Nº 70052047099, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 27/02/2013)

Outrossim, se o magistrado singular entendeu necessário se apoiar em laudo pericial oficial para decidir a questão posta pela agravante, consistente no valor a ser depositado como indenização para a imissão na posse, se mostra, no mínimo, desarrazoado o exame do requerimento devolvido neste agravo.

Logo, sem argumentos suficientemente capazes de modificar a decisão singular, a mesma deve ser mantida.

Assim, diante do exposto e fundamentado, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo-se na íntegra a decisão agravada. Com o parecer.

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. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

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

Campo Grande, MS, 12 de novembro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001577-69.2011.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONFUSÃO PATRIMONIAL – IMPENHORABILIDADE DE BENS UTILIZADOS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO – NULIDADE DA PENHORA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial.

Ainda que presente a confusão patrimonial entre os bens penhorados e os bens da parte embargante, verifica-se a impenhorabilidade dos mesmos por serem utilizados no exercício da profissão, à luz do artigo 1º, parágrafo único da Lei n.º 8.009/90 e artigo 649, V, do CPC.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

João Martins, irresignado com a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro opostos em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 73-79, alega o recorrente que opôs embargos de terceiro em virtude da constrição judicial de seus bens, através de penhora e depósito realizados na execução n.° 017.10.002670-9, na qual Mariza Teixiera – ME é executada, e com esta não possui qualquer ligação.

Ressalta que *"é possuidor dos bens penhorados e os utiliza única e exclusivamente para o preparo de refeições de seu pequeno restaurante que mantém em sua própria residência, sendo assim, os bens são necessários para o desenvolvimento de suas atividades, que sem eles seriam paralisadas."* (f. 76)

Sustenta que os fogões e a geladeira são impenhoráveis, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 8.009/90.

Destaca que *"só se pode afirmar que alguém é possuidor de determinado bem se da relação aparente, visível, real, concreta, entre ele e a coisa, transparece a atuação de um proprietário, pouco importando se é, ou não, realmente, dela proprietário."* (f. 77).

Menciona que os artigos 1210 do Código Civil e 926, do Código de Processo Civil, são aplicáveis à espécie.

Remata pedindo pela procedência da ação e pelo levantamento dos bens.

Intimado, o Estado apresentou contrarrazões às f. 83-86.

VOTO

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

João Martins, irresignado com a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro opostos em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 73-79, alega o recorrente que opôs embargos de terceiro em virtude da constrição judicial de seus bens, através de penhora e depósito realizados na execução n.° 017.10.002670-9, na qual Mariza Teixiera – ME é executada, e com esta não possui qualquer ligação.

Ressalta que *"é possuidor dos bens penhorados e os utiliza única e exclusivamente para o preparo de refeições de seu pequeno restaurante que mantém em sua própria residência, sendo assim, os bens são necessários para o desenvolvimento de suas atividades, que sem eles seriam paralisadas."* (f. 76).

Sustenta que os fogões e a geladeira são impenhoráveis, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 8.009/90.

Destaca que *"só se pode afirmar que alguém é possuidor de determinado bem se da relação aparente, visível, real, concreta, entre ele e a coisa, transparece a atuação de um proprietário, pouco importando se é, ou não, realmente, dela proprietário."* (f. 77).

Menciona que os artigos 1210 do Código Civil e 926, do Código de Processo Civil, são aplicáveis à espécie.

Remata pedindo pela procedência da ação e pelo levantamento dos bens.

Intimado, o Estado apresentou contrarrazões às f. 83-86.

Para melhor compreensão da controvérsia, impõe-se o esclarecimento de alguns fatos que deram origem a presente demanda.

Aduz o embargante, ora apelante, ser proprietário dos bens descritos no auto de penhora de f. 13/14, realizado na ação de execução de n.º 017.1000267-9 ajuizada pelo Estado recorrente contra Mariza Teixeira – ME.

Acrescenta que referidos bens são utilizados no restaurante de sua propriedade, que funciona em sua própria residência, o qual possui contrato com o ente público para o fornecimento de refeições aos presos em estabelecimento carcerário.

O douto julgador de instância singela houve por bem em julgar improcedentes os presentes embargos, tendo em vista a existência de confusão patrimonial entre o embargante e a empresa executado, tendo aquele confessado em juízo *"que a empresa executada pertencia de fato ao declarante e sua esposa Mariza Teixeira, embora figurasse somente em nome da esposa; que os fogões penhorados foram adquiridos pelo declarante e sua esposa".* (f. 66-69)

Pois bem. Como é cediço, os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. Têm por finalidade a proteção da posse ou propriedade daquele que, não tendo sido parte no feito, tem um bem de que é proprietário ou possuidor, apreendido por ato judicial originário de processo de que não foi parte.

O artigo 1.046 do Código de Processo Civil, de clareza solar, disciplina quem é legitimado a propor os embargos de terceiro, bem como os casos em que é cabível:

> *"Art. 1046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos".*

Na forma estabelecida neste dispositivo, são os embargos de terceiro ação de conhecimento que objetiva a proteção da posse de bem, ou direito de posse, da constrição judicial injusta. Busca o senhor ou legítimo possuidor, por meio deles, evitar a alienação do bem ou conseguir sua liberação.

Portanto, evidencia-se que, basta a ameaça ao direito de posse ou propriedade para que o terceiro possa vir, mediante embargos de terceiro, defender a reintegração ou manutenção de sua posse no bem objeto de constrição. Isso porque, a mera ameaça ao direito de posse ou propriedade já caracterizam turbação e, assim, atendem às exigências da lei.

Como explica Humberto Theodoro Júnior:

> *"Os próprios termos do enunciado legal deixam claro que a relação nele contida é de caráter meramente exemplificativo. Se o fim do instituto é preservar a incolumidade dos bens de terceiro em face do processo de que não participa, qualquer ato executivo realizado ou ameaçado, indevidamente, pode ser atacado por via dos embargos de terceiro.*
>
> *(...)*
>
> *A ameaça, em si, já é a turbação de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar, diante da sentença, da sua natural eficácia constritiva. No caso de sentença constitutiva, ela mesma produz de imediato o prejuízo ao direito do terceiro, representado pela invasão, indevida, de sua esfera jurídica"*[1]

E, ainda, Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> *"Os embargos de terceiros são a ação atribuída àquele que não é parte, para fazer cessar a constrição judicial que indevidamente recaiu sobre um bem do qual é proprietário ou possuidor"*[2].

Contudo, no caso em epígrafe, resta evidenciada a confusão patrimonial dos bens do embargante e dos bens penhorados nos autos da execução, em razão de dívida da empresa de sua convivente, Mariza Teixeira, conforme própria declaração firmada nos autos (f. 52).

Vale dizer que não está evidenciada a falta de boa-fé do embargante, bem como a sua legitimidade em discutir o litígio através do presente remédio, porquanto não é parte no feito executivo, bem como a penhora realizada naquele feito recaiu sobre bens que estão na sua posse.

1 In Curso de direito processual civil. 30ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. p. 280.

2 Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 386.

Ao que parece, a empresa do embargante no ramo alimentício é sucessora da empresa executada no feito n.º 017.10.002670-9, já que possuem o mesmo endereço (da residência do casal), bem como têm os mesmos bens utilizados como instrumento de trabalho.

E por este motivo, tenho que são bens considerados impenhoráveis, a teor do disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 8.009/90.

> *"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."*

Ora, infere-se dos autos que foram penhorados em juízo os seguinte bens móveis: 2 fogões industriais Dako, 1 freezer horizontal, 1 geladeira duplex Cônsul, bem como 2 mesas revestidas com placa de zinco, avaliados no total de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais – f. 13).

Assim, considerando que o embargante comprovou nos autos o exercício de atividade empresarial no ramo alimentício, possuindo, inclusive, contrato com o Estado, através da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (f. 11), concernente à entrega de refeições para os presos recolhidos na cadeia pública da cidade, conforme alegado na inicial e não infirmado pela parte contrária, tenho que a penhora dos referidos bens, dos quais é incontestável ser o embargante deles possuidor, deve ser desconstituída.

Aliás, o art. 649, do CPC, também prevê a impossibilidade de penhora de tais bens:

> *"Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:*
>
> *(...)*
>
> *V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;"*

Sobre esse dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

> *"Recaindo a penhora sobre bens considerados como necessários ou úteis ao exercício da profissão, sem os quais, por certo, as respectivas atividades paralisariam ou não mais seriam executadas com a mesma eficiência e, por isso, tidos como absolutamente impenhoráveis, viciado estará o ato, impondo-se que se decrete sua nulidade de ofício (RT 684/78)."* [3]
>
> *Assim, percebe-se que o embargante cumpriu com o ônus da prova que lhe cabia. O ordenamento jurídico processual determina que incumbe àquele que alega a prova dos fatos por ele afirmados. Assim diz o 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".*

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,*

3 *Código de Processo Civil e Legislação Extravagante*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1071.

> *dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão".*[4]

Continua, dizendo:

> *"A razão primordial da existência de regras de tal ordem reside na necessidade de fixação de critérios objetivos para orientação da decisão judicial nas hipóteses em que, por alguma razão, não seja possível ao juiz chegar a uma conclusão segura no plano fático".*[5]

Dessa forma, tenho que a penhora sobre os bens do embargante deve ser desconstituída, merecendo serem providos os embargos de terceiro por ele opostos, tendo em vista a impenhorabilidade de bens utilizados no exercício da profissão.

E nem há que se falar que referida questão não poderia ser enfrentada em sede recursal, pois não analisada em primeira instância, uma vez que *"a nulidade da execução de bem absolutamente impenhorável pode e deve ser declarada de ofício pelo juiz"* (STJ; AG 47251; Rel. Min. Fontes de Alencar; julgado em 3.3.1994).

Logo, sendo matéria que pode ser declarada de ofício também se constituí matéria de ordem pública, que pode ser conhecida a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe provimento para julgar procedentes os embargos de terceiro e, por conseguinte, declarar a nulidade da penhora dos bens descritos às f. 13/14, realizada na execução n.º 017.10.002670-9, a qual deve ser desconstituída.

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por João Martins contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Nova Andradina nos autos da ação de Embargos de terceiro movido contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Acompanho o i. relator Des. Oswaldo Rodrigues de Mello para dar provimento aos embargos de terceiro.

Mesmo existindo a confusão patrimonial entre os bens penhorados e os bens da parte embargante, verifica-se a impenhorabilidade dos mesmos por serem utilizados no exercício da profissão, à luz do artigo 1º, parágrafo único da Lei n.º 8.009/90 e artigo 649, V, do CPC.

Os bens penhorados fazem parte do exercício de atividade empresarial do recorrente uma vez que ele trabalha no ramo alimentício, portanto referidos bens são imprescindíveis para a profissão do apelante, quais sejam, 2 fogões industriais Dako, 1 freezer horizontal, 1 geladeira duplex Cônsul, bem como 2 mesas revestidas com placa de zinco, avaliados no total de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais – f. 13).

Posto isso, acompanho o relator para dar provimento ao recurso, para julgar procedentes os embargos de terceiro e, por conseguinte, declarar a nulidade da penhora dos bens descritos às f. 13/14, realizada na execução n.º 017.10.002670-9, a qual deve ser desconstituída.

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

Acompanho relator.

4 *Código de Processo Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2004. p. 1001.

5 *Ibidem.*

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. 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, MS, 08 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0013988-74.2011.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADA – MÉRITO – INTERRUPÇÃO INJUSTIFICADA DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO PREVISTA NO ARTIGO 14 DO CDC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CONDUTA ILÍCITA DEMONSTRADA – DANO MORAL – PERDA DA PAZ E TRANQUILIDADE DE ESPÍRITO DO CONSUMIDOR EM VIRTUDE DA CONDUTA PRECIPITADA E IMPRUDENTE DA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

No tocante à legitimidade *ad causam*, para que o autor e o réu sejam partes legítimas é fundamental que, quanto ao primeiro, haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, ou seja, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo, conforme disposto no artigo 6º, do CPC, enquanto que ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Sendo as empresas de fornecimento de prestadoras de serviço público na modalidade concessão, possuem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos seus consumidores, nos termos do que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Presentes os requisitos delineados no artigo 186 do Código Civil surge o dever de indenizar.

Resta evidenciada a prática de ato ilícito da empresa prestadora do serviço consubstanciado na conduta precipitada e imprudente de seus prepostos que promovem a interrupção do serviço de abastecimento de água mesmo tendo ciência de que houve o pagamento da conta.

O corte injustificado do serviço de abastecimento de água tem sérios reflexos na vida de uma família, não podendo ser tratado como mero aborrecimento do cotidiano.

Não merece redução e nem majoração o *quantum* fixado em primeira instância a título de danos morais quando forem observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade bem como os demais parâmetros citados pela doutrina.

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, afastar a preliminar e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL, irresignada com a sentença que julgou procedente o pedido deduzido na exordial referente à Ação de indenização por danos morais que lhe propuseram Deny Maiko de Oliveira e Juliete Ferreira Macedo, interpõe o recurso de apelação, objetivando sua reforma.

No apelo de f. 105-120, agita preliminar de ilegitimidade ativa dos recorridos, já que o imóvel está registrado em nome de Ana Maria de Souza, que não fora incluída no pólo ativo da ação, em que pese seja a verdadeira responsável pela unidade consumidora.

No mérito, alega que "*está equivocada a sentença, pois não há como afirmar que a recorrente, ao realizar a vistoria/manutenção preventiva da rede de abastecimento de água da região da residência dos apelados, agiu com dolo ou culpa, uma vez que, em nenhum momento, teve a intenção de ocasionar eventual prejuízo, seja para os apelados, seja para os outros moradores da região*" (f. 109).

Menciona que agiu no exercício regular de um direito, já que a Sanesul não tem o dever de fornecer o serviço a quem não paga, o que exclui a responsabilidade por eventuais prejuízos causados.

Assevera que no presente caso, verifica-se a existência de ligação clandestina, já que o hidrômetro instalado na casa apontou três meses de consumo zero, o que não é possível em uma residência com pelo menos dois moradores.

Aduz que não houve comprovação de danos morais, pois os apelados não demonstraram que passaram por qualquer tipo de humilhação ou abalo psicológico em função da suspensão do fornecimento de água.

Quer a redução do valor da indenização fixado pelo juiz, porque é desproporcional, não atendendo aos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, pede seja extinto o feito, com o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa dos recorridos. No mérito, quer o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando improcedente o pedido contido na inicial ou reduzindo o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Os requerentes Deny Maiko de Oliveira e Juliete Ferreira Macedo também apelam (f. 123-131), querendo a majoração da verba indenizatória fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos recorrentes, o que se apresenta como desproporcional em relação à gravidade da conduta praticada pela empresa requerida.

Ao final, pedem a majoração da verba indenizatória para R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos requerentes.

Intimadas as partes, apenas a SANESUL apresentou contrarrazões (f. 136-141), pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-sede recurso de apelação interposto por Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL, irresignada com a sentença que julgou procedente o pedido deduzido na exordial referente

à *Ação de indenização por danos morais* que lhe propuseram Deny Maiko de Oliveira e Juliete Ferreira Macedo. No apelo de f. 105-120, agita preliminar de ilegitimidade ativa dos recorridos, já que o imóvel está registrado em nome de Ana Maria de Souza, que não fora incluída no pólo ativo da ação, em que pese seja a verdadeira responsável pela unidade consumidora.

No mérito, alega que "*está equivocada a sentença, pois não há como afirmar que a recorrente, ao realizar a vistoria/manutenção preventiva da rede de abastecimento de água da região da residência dos apelados, agiu com dolo ou culpa, uma vez que, em nenhum momento, teve a intenção de ocasionar eventual prejuízo, seja para os apelados, seja para os outros moradores da região*" (f. 109).

Menciona que agiu no exercício regular de um direito, já que a Sanesul não tem o dever de fornecer o serviço a quem não paga, o que exclui a responsabilidade por eventuais prejuízos causados.

Assevera que no presente caso, verifica-se a existência de ligação clandestina, já que o hidrômetro instalado na casa apontou três meses de consumo zero, o que não é possível em uma residência com pelo menos dois moradores.

Aduz que não houve comprovação de danos morais, pois os apelados não demonstraram que passaram por qualquer tipo de humilhação ou abalo psicológico em função da suspensão do fornecimento de água.

Quer a redução do valor da indenização fixado pelo juiz, porque é desproporcional, não atendendo aos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, pede seja extinto o feito, com o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa dos recorridos. No mérito, quer o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando improcedente o pedido contido na inicial ou reduzindo o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Os requerentes Deny Maiko de Oliveira e Juliete Ferreira Macedo também apelam (f. 123-131), querendo a majoração da verba indenizatória fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos recorrentes, o que se apresenta como desproporcional em relação à gravidade da conduta praticada pela empresa requerida.

Ao final, pedem a majoração da verba indenizatória para R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos requerentes.

Intimadas as partes, apenas a SANESUL apresentou contrarrazões (f. 136-141), pugnando pelo não provimento do recurso.

Passo à análise conjunta de ambos os recursos, iniciando pela preliminar de ilegitimidade ativa ventilada pela empresa de saneamento.

Da preliminar

Da ilegitimidade ativa

A empresa requerida aponta a ilegitimidade dos requerentes para figurarem no pólo ativo da demanda, já que o imóvel estaria em nome de terceira pessoa.

Pois bem, é cediço que a tutela jurisdicional não pode ser alcançada mediante qualquer manifestação de vontade perante o órgão judicante, sendo de fundamental importância que sejam observados os requisitos de estabelecimento e desenvolvimento válidos da relação processual.

No entanto, para que o processo seja eficaz a fim atingir a finalidade buscada pela parte, não basta tão-somente a simples validade da relação processual regularmente estabelecida entre os interessados e o juiz, fazendo-se mister que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos denominados de condições da ação.

Conforme leciona Giuseppe Chiovenda: *"(...) as condições da ação são as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável."*[1]

Deve-se anotar, ainda, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que sustentam ser o mérito (pedido), via de regra, a última questão a ser examinada pelo juiz, tanto do ponto de vista lógico quanto do cronológico, devendo, preliminarmente, o juiz examinar as questões preliminares, *que dizem respeito ao próprio direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais)***.**[2]

Dessa forma, o exame do pedido depende da análise das condições da ação que, presentes ou ausentes, possibilitam ou impedem o seu exame, haja vista que a ausência de uma ou mais das condições da ação implica a ocorrência do fenômeno da carência da ação, ficando o juiz impedido de examinar o mérito e, por conseguinte, devendo extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC.

São três as condições que permitem a regular admissibilidade da ação, quais sejam, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes.

No tocante à legitimidade *ad causam*, para que o autor e o réu sejam partes legítimas é fundamental que, quanto ao primeiro, haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, ou seja, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo, conforme disposto no artigo 6º, do CPC, enquanto que ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Logo, como regra, parte legítima para exercer o direito de ação é aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional como aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito, ou seja, são os titulares dos interesses em conflito.

Merece destaque o escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

> *"Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legitima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa".*[3]

No caso em epígrafe, independentemente de a unidade consumidora estar em nome de terceiro nos cadastros da concessionária, fato é que os requerentes afirmam serem os usuários do serviço prestado pela empresa requerida. E vão além, comprovaram que vêm quitando as contas de água, o que, a toda evidência, é indicativo de que são os verdadeiros usuários do serviço, podendo sim manejar ação reclamando de conduta da empresa de saneamento ao cortar o serviço por eles pago.

1 **Instituições de Direito Processual Civil.** 2 ed., vol. I, Campinas: Bookseller, 2000, p. 89.

2 **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**, 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 699.

3 **Instituições de Direito Processual Civil.** 4 ed., vol. II, São Paulo: RT, 2004, p. 306.

O fato desconstitutivo desse direito deveria ser comprovado pela requerida – de que os requerentes não são os usuários do serviço -, e, se assim não fez, não há de se falar em ilegitimidade ativa dos autores da ação.

Portanto, afasto a preliminar.

Do mérito

Inicialmente, faz-se mister tecer determinados esclarecimentos acerca dos fatos que ensejaram o ajuizamento da presente demanda.

Conforme informações constantes na petição inicial, os requerentes pretendem ser indenizados por danos morais que alegam ter sofrido em razão da interrupção no fornecimento de água no imóvel onde residem. Sustentam que estavam em dia com o pagamento, sendo que os funcionários da recorrente justificaram a medida severa de corte do abastecimento pelo fato de haver muitas ligações clandestinas no bairro onde o imóvel está situado.

Pois bem, as questões colocadas em discussão cingem-se em saber se restaram preenchidos os requisitos ensejadores do dever de indenizar e se deve ser reduzido ou majorado o valor arbitrado pelo magistrado *a quo* a título de indenização por danos morais.

Após atenta análise dos autos e das circunstâncias atinentes ao caso concreto, entendo que a sentença invectivada não merece reforma. O entendimento do douto magistrado no sentido de que a empresa prestadora de serviço público causou danos morais aos requerentes traduz a melhor aplicação do direito.

Não se pode olvidar que o caso em tela trata-se de uma relação de consumo, e que o dano moral afirmado na inicial é decorrente da má prestação de um serviço público e da conduta imprudente e precipitada dos prepostos de empresa prestadora de serviço pública em realizar o corte. Conseqüentemente, deve ser aplicada a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:*
>
> *I – o modo de seu fornecimento;*
>
> *II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III – a época em que foi fornecido".*

Assim, o CDC, atento aos novos rumos da responsabilidade civil, consagrou a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar, tendo em vista, especialmente, o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um pólo, e compradores e usuários do serviço, no outro.[4]

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: Doutrina, Jurisprudência.** 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 389.

Atendendo o mandamento trazido pelo dispositivo legal supra transcrito, temos que todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.

Também a Constituição Federal reforça a tese da responsabilidade da empresa prestadora de serviço público, independentemente da existência de culpa. Dispõem o texto constitucional, *verbis*:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".*

A obrigação de prestar o serviço, adequadamente, é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança. Assim, a empresa de saneamento tem a obrigação de zelar por uma prestação de serviço boa, eficiente e que não gere riscos ou prejuízos aos seus clientes.

Por outro vértice, no que tange ao dano moral, conforme adverte o artigo 186 do CC/2002: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Merece destaque a lição proferida pelo Jurista Carvalho Santos:

> *"Determinando o Código que quem violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que por imprudência ou negligência, fica obrigado a reparar o dano, deixa esboçados os lineamentos gerais da doutrina a aplicar. E o juiz, em seu prudente arbítrio, verificará em cada caso até onde vai a culpa do agente e quando esta desaparece para os efeitos da responsabilidade civil, confundindo-se com o caso fortuito ou a força maior"*[5].

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, que estão bem delineados no supracitado artigo, razão pela qual, para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; (c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Assim, na eventualidade de não restarem provados esses pressupostos, indevida será a obrigação reparatória.

No caso dos autos, o ato ilícito praticado pela recorrente consubstancia-se em interromper um serviço essencial sem qualquer justificativa, mesmo após tendo ciência do pagamento dos débitos.

Com efeito, a recusa do fornecimento do serviço por parte da apelante não é por conta de inadimplemento dos usuários, mas sim por causa das várias ligações clandestinas existentes no bairro onde o imóvel está edificado.

Em casos como este não é lícita a suspensão do serviço, sobretudo porque a concessionária deve se utilizar dos meios ordinários para investigar e cobrar eventuais usuários inadimplentes, sendo inadmissível responsabilizar um morador por conta de débitos relacionados a outros imóveis constantes do entorno.

5 **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. III, p. 321.

À guisa de exemplo, colho julgados emanados do STJ em casos de inadimplência de morador anterior do mesmo imóvel, *in verbis:*

> *"ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. DÉBITOS DE CONSUMO DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. DÍVIDA CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Preliminarmente, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.*
>
> *2. A questão resume-se à possibilidade ou não da suspensão do fornecimento de água em razão de débito de consumo gerado pelo antigo proprietário do imóvel.*
>
> *3. No caso, independentemente da natureza da obrigação (se pessoal ou propter rem), não cabe a suspensão do fornecimento de água por se tratar de débito consolidado. Ou seja, o novo proprietário do imóvel está sendo privado do fornecimento em razão de dívida pretérita do antigo morador, hipótese que não encontra albergue na jurisprudência do STJ.*
>
> *4. Ambas as turmas da Primeira Seção concluíram que o art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 refere-se ao inadimplemento do usuário, ou seja, do efetivo consumidor do serviço. Inviável, portanto, responsabilizar o atual usuário por débito pretérito relativo ao consumo de água do anterior.*
>
> *5. Agravo regimental não provido."* (STJ - AgRg no Ag 1107257 / RJ – Segunda Turma – Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES – j. em 16.6.2009)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – OMISSÃO NÃO CONFIGURADA – FORNECIMENTO DE ÁGUA – SUSPENSÃO DO SERVIÇO EM VIRTUDE DE DÉBITOS ANTIGOS – IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Não há falar em omissão na prestação jurisdicional oferecida pela instância de origem, pois o Tribunal examinou as teses que se faziam necessárias, apresentando fundamentação adequada e suficiente ao deslinde da controvérsia.*
>
> *2. É legal a suspensão do fornecimento de água, pelo inadimplemento do consumidor, após aviso prévio, em relação a faturas atuais; não se admite a suspensão do fornecimento no caso de débitos antigos.*
>
> *3. Agravo regimental não provido."* (STJ - AgRg no Ag 1286724 / RJ – Segunda Turma – Rel. Min. ELIANA CALMON – j. em 27.4.2010)

Com mais razão não se justifica a conduta da empresa requerida que promoveu o corte por supor dívidas de imóveis outros que não dos autores da ação, ou por suspeitar que eles fizeram ligações clandestinas. Para isso, era necessário prova cabal que justificasse a severidade da medida de cortar um serviço essencial como de saneamento.

Desse modo, tanto a conduta do agente quanto o nexo de causalidade encontram-se evidenciados. Resta saber, então, se restou demonstrado o dano moral afirmado pelos autores.

A respeito dos danos morais, tenho que o episódio causou sérios constrangimento e humilhação morais.

Lembre-se que os danos morais são aqueles que afetam a intimidade, o honra, o sentimento humano e pessoal, o ânimo psíquico e intelectual da vítima.

Sendo assim, por certo que o corte de fornecimento de serviço de saneamento básico tirou o equilíbrio habitual dos autores da ação, bem como de sua família, que, além de serem constrangidos diante da população em geral, já que o fato foi noticiado, ainda tiveram que ficar com a residência sem água, o que afeta a rotina de qualquer ser humano, envolvendo questões essenciais, como higiene e alimentação.

Vale reforçar que, a interrupção injustificada do serviço de abastecimento de água não pode ser tratada como mero fato do cotidiano, sendo episódio grave, que afeta severamente a rotina de um lar, não devendo, portanto, ser encarado como mero dissabor do cotidiano.

Com isso, devida a indenização, resta a discussão sobre a sua quantificação, onde a recorrida pretende a redução do montante fixado pelo magistrado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada requerente, que querem, por sua vez, a majoração da quantia para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> *"Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva'"*[6].

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto, a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Ademais, deve o julgador levar em conta que a obrigação de reparar dano moral enseja a desestimulação de ações lesivas da mesma espécie, até porque não só reparatória é a indenização por danos morais, como também, preventiva, visando a evitar que o agressor pratique futuramente novos atos ilícitos.

Desse modo, ao fixar o valor da indenização deve-se levar em consideração não só o fato em si, mas, também, fatores objetivos e subjetivos de ambas as partes, tais como a extensão do dano, a posição social, a gravidade da culpa, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade etc.

A jurisprudência já pacificou:

> *"A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do quantum e a capacidade econômica do sucumbente."* (STJ - REsp n. 434.970-0 – MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 26/11/2002).

Não há dúvida quanto às conseqüências morais do ato praticado pela requerida, o que é relevante para a fixação da indenização. Deve-se levar em conta também o fato de se cuidar de empresa pública de

6 **Responsabilidade Civil.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

potencial econômico considerável sendo que a indenização em comento, deve servir para minorar a dor moral sofrida pelos requerentes em razão da sensação de perda da paz e da tranqüilidade de espírito. Deve ser considerado, ainda, o tempo que os requerentes ficaram desprovidos do serviço (quatro dias).

Portanto, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado na sentença a título de indenização por danos morais mostra-se adequado, ressarcindo com razoabilidade e proporcionalidade os requerentes, bem como servirá de prevenção para que a conduta da empresa recorrente não se reitere no futuro.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, e nego-lhes provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Revisor):

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Deny Maiko de Oliveira, Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - SANESUL e Juliete Ferreira Macedo contra decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá nos autos da ação de indenização por danos morais.

Acompanho o douto Relator para afastar a prefacial de ilegitimidade ativa ventilada pela requerida e negar provimento a ambos os recursos de apelação cível interpostos, uma vez que restou evidenciado o ato ilícito praticado pela prestadora do serviço, consubstanciado na interrupção indevida do serviço de abastecimento de água, situação apta a gerar abalo moral indenizável.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Vogal):

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, 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, MS, 15 de outubro de 2013.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4008336-61.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INIBITÓRIA – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – MÉRITO – TUTELA ANTECIPADA – ARTIGO 273, DO CPC – DIVULGAÇÃO DE FATOS – SUPOSTO ERRO MÉDICO – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA IMAGEM SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO – PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – DIREITO À IMAGEM E À HONRA – DIREITO À INFORMAÇÃO E À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O Tribunal não deve conhecer de matéria de ordem pública em sede de agravo de instrumento, sem que antes tenha havido pronunciamento em primeira instância, sob pena de haver supressão de instância.

Deve ser concedida a tutela antecipada se, diante da existência de prova inequívoca, o juiz se convencer da verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*) e ainda haja o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A divulgação dos fatos ocorridos com paciente que afirma ter sido vítima de erro médico deve ser assegurada, por força das garantias constitucionais à informação e à liberdade de expressão do pensamento, desde que o conteúdo das publicações não seja ofensivo, valorativo ou sensacionalista.

O direito à informação e à liberdade de expressão do pensamento não pode se sobrepor ao direito à imagem, sendo vedada a utilização da imagem sem autorização, mormente relacionando-a com um fato que é veementemente recriminado pela sociedade, qual seja, o erro médico.

Recurso conhecido e parcialmente 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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. O Des. Fernando Mauro Moreira Marinho declarou-se impedido.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Instituto de Tratamento do Câncer – ITC e Alicardo César Figueira, irresignados com a decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação inibitória ajuizada

em face de Kênia de Matos Flores Américo dos Reis, Letícia Soares e Marcos César Américo dos Reis, indeferiu a tutela antecipada pleiteada na exordial, interpõem recurso de agravo de instrumento.

Sustentam, em síntese, que foram procurados pela primeira recorrida para a realização de tratamento quimioterápico, sendo que, já na primeira sessão, houve vazamento de 100 ml da medicação no braço direito da paciente, causando-lhe grave infecção, mas que foram adotadas todas as medidas necessárias ao controle da destruição tecidual.

Mencionam que mesmo após a Sra. Kênia ter ajuizado uma ação de indenização por erro médico, passou a fazer campanha de ataque à honra e à imagem pessoal e profissional dos agravantes, divulgando o caso pela imprensa, mídias sociais e *outdoors*, imputando-lhes fatos inverídicos.

> Destacam que *"a dissimulada propaganda elaborada pelos Agravados (outdoors, facebook, site e mídias sociais, imprensa escrita e falada) e diversos outros meios, tem como objetivo maior manchar a imagem dos agravantes, de modo a colocar que foram os mesmos responsáveis pelo extravasamento ocorrido no membro superior da agravada, quando na verdade, tais lesões ocorreram por risco do procedimento quimioterápico"* (f. 08).

Argumentam que deve ser concedida a tutela antecipada para o fim de obstar que os recorridos continuem divulgando informações inverídicas e que causam exposição ao desprezo público.

> Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão agravada, concedendo a tutela antecipada consistente em impor as seguintes obrigações: *"de não citar o nome dos agravantes, de não utilizar suas respectivas imagens, de não divulgar notas, de não conceder entrevistas, de não procurar a imprensa, de não utilizar 'outdoors', de não divulgar na 'internet', de não remeter 'e-mails', de não divulgar por qualquer meio, de forma direta ou indireta, por si ou por procuradores, ou por terceiros o tema objeto do debate posto na ação judicial já em trâmite (ação de indenização) entre as partes ou a eles correlatas, até o julgamento final da ação judicial, inclusive proibindo todos os órgãos de imprensa de fazê-lo a seu pedido ou de terceiros, até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na ação de indenização proposta pela Agravada Kênia."* (f. 16-17).

O recurso havia sido julgado por meio de decisão monocrática (f. 152-156). Posteriormente, quando do julgamento do agravo regimental, foi tornado insubsistente aquele *decisum*, uma vez que a hipótese não autorizava a aplicação do artigo 557, do CPC, sendo recebido o agravo de instrumento nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo (Agravo Regimental n. 4008336-61.2013.8.12.0000/50000 – f. 158-162).

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 172-192) agitando a preliminar de ilegitimidade passiva de Kênia de Matos Flores Américo e Marcos César Américo dos Reis, considerando que não foram os responsáveis pela campanha promovida por terceiros. No mérito, sustentam apenas houve a manifestação legítima do pensamento da agravada Letícia Soares. Ao final, pedem a manutenção da decisão agravada com o não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento manejado por Instituto de Tratamento do Câncer – ITC e Alicardo César Figueira contra a decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que,

nos autos da ação inibitória ajuizada em face de Kênia de Matos Flores Américo Dos Reis, Letícia Soares e Marcos César Américo Dos Reis, indeferiu a tutela antecipada pleiteada na exordial.

Sustentam, em síntese, que foram procurados pela primeira recorrida para a realização de tratamento quimioterápico, sendo que, já na primeira sessão, houve vazamento de 100 ml da medicação no braço direito da paciente, causando-lhe grave infecção, mas que foram adotadas todas as medidas necessárias ao controle da destruição tecidual.

Mencionam que mesmo após a Sra. Kênia ter ajuizado uma ação de indenização por erro médico, passou a fazer campanha de ataque à honra e à imagem pessoal e profissional dos agravantes, divulgando o caso pela imprensa, mídias sociais e *outdoors*, imputando-lhes fatos inverídicos.

Destacam que: *"a dissimulada propaganda elaborada pelos Agravados ('outdoors', 'facebook', 'site' e mídias sociais, imprensa escrita e falada) e diversos outros meios, tem como objetivo maior manchar a imagem dos agravantes, de modo a colocar que foram os mesmos responsáveis pelo extravasamento ocorrido no membro superior da agravada, quando na verdade, tais lesões ocorreram por risco do procedimento quimioterápico" (f. 08).*

Argumentam que deve ser concedida a tutela antecipada para o fim de obstar que os recorridos continuem divulgando informações inverídicas e que causam exposição ao desprezo público.

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão agravada, concedendo a tutela antecipada consistente em impor as seguintes obrigações: *"de não citar o nome dos agravantes, de não utilizar suas respectivas imagens, de não divulgar notas, de não conceder entrevistas, de não procurar a imprensa, de não utilizar 'outdoors', de não divulgar na 'internet', de não remeter 'e-mails', de não divulgar por qualquer meio, de forma direta ou indireta, por si ou por procuradores, ou por terceiros o tema objeto do debate posto na ação judicial já em trâmite (ação de indenização) entre as partes ou a eles correlatas, até o julgamento final da ação judicial, inclusive proibindo todos os órgãos de imprensa de fazê-lo a seu pedido ou de terceiros, até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na ação de indenização proposta pela Agravada Kênia"* (f. 16-17).

O recurso havia sido julgado por meio de decisão monocrática (f. 152-156). Posteriormente, quando do julgamento do agravo regimental, foi tornado insubsistente aquele *decisum*, uma vez que a hipótese não autorizava a aplicação do artigo 557, do CPC, sendo recebido o agravo de instrumento nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo (Agravo Regimental n. 4008336-61.2013.8.12.0000/50000 – f. 158-162).

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 172-192) agitando a preliminar de ilegitimidade passiva de Kênia de Matos Flores Américo e Marcos César Américo dos Reis, considerando que não foram os responsáveis pela campanha promovida por terceiros. No mérito, sustentam apenas houve a manifestação legítima do pensamento da agravada Letícia Soares. Ao final, pedem a manutenção da decisão agravada com o não provimento do recurso.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar de ilegitimidade passiva agitada em contrarrazões.

Da preliminar

Da ilegitimidade passiva *ad causam*

A primeira tese desenvolvida nas contrarrazões está relacionada à ilegitimidade passiva *ad causam* dos agravados Kênia de Matos Flores Américo e Marcos César Américo dos Reis, já que não são os responsáveis pela campanha promovida por terceiros.

No entanto, esta matéria não deve ser conhecida, porquanto a questão não foi objeto de análise pelo magistrado de primeira instância, não podendo ser examinada nessa oportunidade, sob pena de supressão de instância.

Lembre-se que, mesmo sendo a matéria de ordem pública (condições da ação), ao Tribunal não é dado conhecer de questões em sede de agravo de instrumento, sem que antes tenha havido pronunciamento do juízo da causa sobre a matéria, caso contrário haverá supressão de instância. Nesse sentido, *in verbis*:

> ***"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – DEFESA DA MEAÇÃO – SUSPENSÃO DAS PRAÇAS DESIGNADAS – INDEFERIMENTO – BEM DE FAMÍLIA – AUSÊNCIA DE PROVAS – MATÉRIA, ADEMAIS, NÃO AGITADA NA INSTÂNCIA SINGULAR – MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL INVIABILIZADA – DECISÃO INCENSURÁVEL – RECLAMO DESATENDIDO. 1. Não comportando o bem imóvel penhorado cômoda divisão, deve ser ele integralmente submetido à hasta pública. O fato de ter a mulher do executado ingressado com embargos de terceiro em defesa de sua meação não tem o alcance de suspender os atos arrematatórios designados. Apenas e somente determinará a suspensão da execução após a arrematação e exclusivamente no referente à meação da embargante, cujo valor não poderá o exeqüente levantar até a decisão final dos embargos promovidos. 2. Não há como se conhecer, em senda de agravo de instrumento, da impenhorabilidade do bem prestes a ser levado a praceamento, quando a matéria não foi agitada e nem decidida no grau primeiro de jurisdição, esbordando o tema, em sendo assim, os limites da decisão atacada. Nesse contexto, o pronunciamento do tribunal a respeito implicaria em supressão de uma esfera jurisdicional, o que é inadmitido pelo ordenamento jurídico."*** (TJSC – AI 2004.027378-4 – Cunha Porã – 2ª CDCom. – Rel.Des. Trindade dos Santos – J. 14.06.2005).

> ***"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO - COISA JULGADA - NÃO-APRECIAÇÃO - SUPRESSÃO DEINSTÂNCIA. I - A coisa julgada, conquanto matéria de ordem pública apreciável a qualquer tempo em qualquer grau de jurisdição, não foi objeto de apreciação pela MM. Juíza na r. Decisão agravada, a qual designou audiência de instrução e julgamento. O tribunal, por esse motivo, não pode conhecer da questão, único fundamento do recurso, sob pena de supressão de instância, por isso mantida a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento. II - Agravo regimental conhecido e improvido."*** (TJDF - AGI 20050020040561 - 4ª T.Cív. - Relª Desª Vera Andrighi - DJU 28.06.2005 - p. 125).

Do mérito

Inicialmente, para a melhor compreensão da controvérsia dos autos, faz-se mister tecer algumas considerações.

Conforme se infere dos autos, a Sra. Kênia foi acometida por um câncer de mama, tendo procurado os ora agravantes para dar início ao tratamento de quimioterapia. Quando da realização da primeira sessão, houve o extravasamento da medicação quimioterápico, de modo que dos 500 ml que foram prescritos, houve a aplicação de apenas 100 ml, sendo que o restante escorreu no braço direito da paciente. Em razão do contato da medicação com a pele, a Sra. Kênia sofreu grave lesão em seu braço, tendo corrido o risco de amputação.

Diante do acontecido e acreditando ter sido vítima de um erro médico, a paciente ajuizou ação de indenização contra os ora agravantes e, juntamente com seu marido, passou a divulgar sua história,

relatando o ocorrido às mídias locais, dando início a uma campanha de divulgação do suposto erro médico, utilizando-se de *outdoors*, jornais impressos, redes sociais etc.

O comportamento adotado pela vítima deu ensejo ao ajuizamento da ação inibitória, na qual se pleiteou a concessão de tutela antecipada com o fim de obstar que os agravados prosseguissem na campanha difamatória travada contra os agravantes.

O magistrado *a quo* entendeu não ser o caso de concessão da tutela antecipada considerando ser legítimo o direito à informação e à divulgação do pensamento (f. 22-25), justificando a interposição deste recurso.

Assim, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se restaram satisfeitos os requisitos para a concessão de tutela antecipada consistente em impor obrigação de não fazer.

Como é cediço a tutela antecipada pode se apresentar como o meio de proporcionar ao autor os efeitos da sentença de mérito, total ou parcialmente, antes que esta seja proferida.

Inicialmente, faz-se mister ressaltar que os requisitos autorizadores da concessão da tutela específica pleiteada pela agravada com base em obrigação de fazer (artigo 461, do CPC) se coadunam, perfeitamente, com aqueles exigidos para a antecipação dos efeitos da tutela nos processos de conhecimento em geral (artigo 273, do supracitado estatuto processual), *in verbis*:

> *"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*
>
> *I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
>
> *II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*
>
> *§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*
>
> *§ 2º. Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*
>
> *§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.*
>
> *§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*
>
> *§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.*
>
> *§ 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*
>
> *§ 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência, de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".*

Eduardo Talamini, ao comentar a correlação entre os dois dispositivos processuais, elucida que:

> ***"Na relação entre a hipótese geral do art. 273 e a especial do art. 461, § 3º, a segunda dessas duas regras deve ser compreendida como plus em face da disciplina geral de antecipação de tutela consagrada naquela primeira. Em outros termos, para essas pretensões não há a exclusão do regime geral de antecipação (sumariedade de cognição, instrumentalidade, provisoriedade, caráter de urgência), mas o reforço no que diz respeito ao âmbito da atuação da tutela."*** (Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer. 2ª ed. São Paulo: RT, 203, p. 349).

Assim sendo, só há que se falar em concessão de antecipação dos efeitos da tutela específica se, diante da existência de prova inequívoca, o juiz se convencer da verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*) e ainda haja o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Afigura-se notável a presença da verossimilhança da alegação cuja caracterização deve ser tida sempre no plano da objetividade da dialética exposta na causa de pedir. Em outras palavras, o chamado relevante fundamento deve ser entendido, *sic et simpliciter*, como aquela subsunção objetiva do fato à norma tida como violada, porquanto o exame aprofundado e exauriente da prova é ato de inteligência e vontade a ser exercitado por ocasião da sentença de mérito.

Analisando os autos, verifica-se que a pretensão ora formulada está respaldada no direito à imagem, à honra e à personalidade. Em contrapartida, os recorridos também estão amparados pelo direito constitucional de manifestação do pensamento e à informação livre de censura ou licença. Temos, então, um aparente conflito entre direitos constitucionalmente assegurados.

A divulgação dos fatos ocorridos com a Sra. Kênia não deve ser considerada ofensiva à honra dos agravantes, desde que não haja a extrapolação da garantia constitucional do direito à informação e à livre manifestação do pensamento.

Desse modo, devem ser admitidas as matérias e informações veiculadas nas mídias sociais, jornais e *outdoors*, desde que não revestidas de conteúdo ofensivo, mas apenas retratando os fatos que vitimaram a Sra. Kênia, sendo repassados ao público sem qualquer conteúdo valorativo ou sensacionalista.

Frise-se que não está aqui a negar o direito à imagem e à honra dos agravantes, mas apenas esclarecendo que tais direitos não se sobrepõem ao direito à informação seja por se tratar de questão de interesse pública, seja em razão da vedação à censura (Art. 5º, IX – *"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"*).

Aliás, sobre o tema, transcrevo o seguinte julgado:

> ***"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS.***
>
> ***(...)***
>
> ***4. A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.***
>
> ***5. A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.***

> ***6. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.***
>
> ***7. Ainda que posteriormente o magistrado tenha sido absolvido das acusações, o fato é que, conforme apontado na sentença de primeiro grau, quando a reportagem foi veiculada, as investigações mencionadas estavam em andamento.***
>
> ***8. A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados.***
>
> ***9. Não houve, por conseguinte, ilicitude na conduta da recorrente, tendo o acórdão recorrido violado os arts. 186 e 927 do CC/02 quando a condenou ao pagamento de compensação por danos morais ao magistrado.***
>
> ***10. Recurso especial de YARA DIAS DA CRUZ MACEDO E OUTRAS não conhecido.***
>
> ***11. Recurso especial da INFOGLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A provido.***
>
> ***12. Recurso especial de ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO julgado prejudicado"*** (STJ; REsp. 1297567/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.04.2013, DJe 02.05.2013).

Em contrapartida, não deve ser admitida a utilização da imagem sem a prévia autorização dos agravantes.

A utilização indevida de fotos dos agravantes causa danos à imagem e à honra da pessoa, de modo que a conduta praticada pelos recorridos deve ser imediatamente repelida.

Aliás, a ofensa ao direito à imagem ocorre com a simples utilização da imagem sem autorização, mormente relacionando-a com um fato que é veementemente recriminado pela sociedade, qual seja, o erro médico.

A propósito, vejamos os seguintes julgados:

> ***"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DANO À IMAGEM. DIREITO À INFORMAÇÃO. VALORES SOPESADOS. OFENSA AO DIREITO À IMAGEM. REPARAÇÃO DO DANO DEVIDA. REDUÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. VALOR EXORBITANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.***
>
> ***1. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido.***
>
> ***(...).***
>
> ***6. Recurso especial parcialmente provido."*** (STJ; REsp 794.586/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15.03.2012, DJe 21.03.2012).

> ***"PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO À IMAGEM. NOTÍCIA DE CRIME. VEICULAÇÃO DA FOTO E DO NOME DE MENOR. PROIBIÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PETIÇÃO INICIAL MAL FORMULADA. CARACTERIZAÇÃO DO AUTOR DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. PRECEDENTE. RECURSO ACOLHIDO.***
>
> ***I - O direito à imagem constitui direito personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação de sua imagem, em proteção à sua vida privada. (...)."*** (STJ; REsp 182977/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23.05.2000, DJ 07.08.2000, p. 111).

Frise-se, não se está aqui a afirmar não ser possível a divulgação dos fatos que vitimaram a Sra. Kênia. Na verdade, tal informação pode ser transmitida, desde que não haja sua associação à imagem dos envolvidos no caso, com a utilização de fotos sem a necessária autorização.

Assim, estando presentes os requisitos, deve ser parcialmente concedida a medida de urgência, apenas para o fim de obstar que os agravados promovam a veiculação da imagem dos agravantes, seja por meio de divulgação em matérias jornalísticas seja por meio de *outdoors* ou de quaisquer outros veículos de comunicação.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para o fim de reformar em parte a decisão agravada, concedendo parcialmente a tutela antecipada pleiteada na exordial e determinado que os recorridos se abstenham de veicular a imagem dos recorrentes em qualquer meio de comunicação, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. O DES. FERNANDO MAURO MOREIRA MARINHO DECLAROU-SE IMPEDIDO.

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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 22 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0039072-64.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C REPARAÇÃO DE PERDAS E DANOS – PLANO DE SAÚDE – DANOS MORAIS DECORRENTES DA RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM SUPORTAR OS CUSTOS COM O TRATAMENTO DA PATOLOGIA QUE ACOMETIA O BENEFICIÁRIO – CONFIGURADOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.

Mantêm-se os honorários advocatícios fixados na sentença quando forem arbitrados consoante apreciação equitativa do magistrado, e desde que atendidas as regras das alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 10 de setembro de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Cleonice Soares da Costa recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de cobrança c/c reparação de perdas e danos ajuizada em desfavor da Unimed – Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., sustentando, em resumo, que é latente o dano moral por ela sofrido, visto que é idosa (setenta e cinco anos de idade) e há mais de 16 (dezesseis) anos pagar pelo plano de saúde, sendo que em um momento de grande preocupação, quando necessitava de amparo e paz para lidar com o tratamento pós procedimento cirúrgico do joelho, fora submetida a tamanho desprezo e desatenção pela apelada, operadora de plano de saúde, que se recusou a prestar atendimento para o qual havia cobertura contratual. Aduz, ainda, que o valor arbitrado pelo magistrado singular a título de honorários advocatícios é irrisório, devendo ser majorado para patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Ao final, requer

provimento ao recurso para que seja parcialmente reformada a sentença, julgando-se procedente o pedido de indenização por dano moral, bem como para majorar o *quantum* honorário.

Nas contrarrazões (f. 258-263), a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO (EM 03.09.2013)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de ação de cobrança c/c reparação de perdas e danos ajuizada por Cleonice Soares da Costa em desfavor da Unimed – Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda, argumentando, segundo o relatório da sentença, que:

> *"em 30/08/1995 celebrou contrato com a requerida e que há 16 anos vem quitando todas as parcelas do contrato quando precisou de tratamento de fisioterapia domiciliar, após ser submetida a procedimento cirúrgico no joelho, mas a requerida recusou mencionado tratamento, por não estar previsto no plano de saúde.*
>
> *Informa que celebrou empréstimo para pagar tratamento fisioterápico domiciliar, em razão da recusa da requerida em arcar com os custos do tratamento.*
>
> *Assevera que o tratamento da autora está previsto na cláusula 4.2, incisos II e IV e 4.3 do contrato.*
>
> *Aduz que a conduta da requerida causa-lhe danos morais.*
>
> *Pleiteia a concessão dos benefícios da justiça gratuita; a prioridade de tramitação, por se tratar de pessoa idosa; a inversão do ônus de prova e que o processo siga o rito sumário.*
>
> *Requer a procedência dos pedidos para que a requerida seja condenada a pagar à autora R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), acrescido de juros e correção, desde o desembolso, bem como ao pagamento de indenização moral, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)."*

O magistrado de instância singela julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na peça inaugural, a fim de condenar a ré a restituir à autora *"o valor de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), a título de danos materiais, referente às despesas com o tratamento já realizado pela requerente, atualizado monetariamente pelo IGPM, desde o desembolso e acrescido de juros de mora de 12 % ao ano, a partir da citação (art. 405, CC)"*. Quanto aos danos morais, julgou improcedente por entendeu que o mero descumprimento contratual não é suficiente para acarretar abalo psicológico. Mais adiante, condenou a requerida a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Dessa decisão apela a requerente, sustentando, em síntese, que é latente o dano moral por ela sofrido, visto que é idosa (setenta e cinco anos de idade) e há mais de 16 (dezesseis) anos pagar pelo plano de saúde, sendo que em um momento de grande preocupação, quando necessitava de amparo e paz para lidar com o tratamento pós procedimento cirúrgico do joelho, fora submetida a tamanho desprezo e desatenção pela apelada, operadora de plano de saúde, que se recusou a prestar atendimento para o qual havia cobertura contratual. Aduz, ainda, que o valor arbitrado pelo magistrado singular a título de honorários advocatícios é irrisório, devendo ser majorado para patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Inicialmente, cumpre frisar que, em regra, o descumprimento contratual não configura dano moral, já que não há violação aos direitos da personalidade.

Entretanto, neste caso particular, por se tratar de direito indisponível, a saber, direito à saúde e à vida de um ser humano, a recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pela beneficiária, ora apelante, caracteriza dano moral, com o consequente dever de indenizar, pois é induvidoso que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.

Aliás, esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL. CABIMENTO.*
>
> *- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.*
>
> *Precedentes do STJ.*
>
> *Recurso especial provido."* (STJ; REsp n. 1054856/RJ; Relª Minª Nancy Andrighi; 3ª Turma; j. 5.11.2009). (destacamos).

No mesmo sentido, esta Colenda Câmara já teve oportunidade de decidir, em julgado de minha relatoria:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'– AFASTADA – CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE PERÍODO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR E SESSÕES DE FISIOTERAPIA E FONOAUDIOLOGIA – ABUSIVAS – RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM ARCAR COM OS CUSTOS COM O TRATAMENTO DA CONTRATANTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO DA AUTORA PROVIDO – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.*
>
> *A cláusula contratual que prevê a prestação de serviços médicos e hospitalares em todo o Centro-Oeste, legitima qualquer cooperativa integrante da entidade UNIMED na referida região a figurar no polo passivo de demanda que objetive a discussão acerca do contrato.*
>
> *Cláusulas que preveem limite de internação hospitalar do usuário e restrinja sessões de fisioterapia e fonoaudiologia necessitadas por este, em contrato de plano de saúde, são abusivas e nulas de pleno direito, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.*
>
> ***A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.*** *"* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.008148-9, j. 20.4.2010).

Assim sendo, considerando que o dano moral restou configurado, faz-se mister estabelecer o seu *quantum*.

Como é cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

> *"(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante." ("Reparação civil por danos morais", 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 233).*

Sobre a matéria, esta Corte já decidiu que:

> *"DANO MORAL – CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ SEGUNDO O CASO CONCRETO.*
>
> *A fixação do valor da indenização por dano moral fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz, que, segundo o caso concreto, fixará o valor correspondente, de modo a prestigiar, concomitantemente, o aspecto compensatório, que essa verba deve produzir em relação ao lesado, o qual deve ser aliado ao caráter sancionatório do lesante e ao inibitório dos demais integrantes da sociedade, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima."* (Ap. Cível n. 2003.008512-2; Rel Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins; DJ 30.9.2003).

Rui Stoco, em sua obra "Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> *"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*

> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."*

Frente a tudo que foi demonstrado, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes e ao caráter pedagógico da medida, entendo que a indenização por danos morais deve ser arbitrada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), cujo montante reputo suficiente para compensar o sofrimento suportado pela recorrente.

No que concerne aos honorários advocatícios, tenho que devem ser mantidos, uma vez que o magistrado da primeira instância, agindo de forma irretorquível, fixou essa verba no patamar de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, o qual, além de respeitar os limites percentuais previstos no § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil, também atende ao grau de zelo do profissional, ao tempo e lugar da prestação do serviço e à importância da causa.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para o fim de condenar a apelada ao pagamento da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano morais, acrescida de correção monetária pelo índice IGPM-FGV e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar da data da fixação (súmula 362/STJ e REsp 903.258/RS). Mantenho os demais termos da sentença.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PROXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, (DES. PAVAN), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.09.2013)

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

Trata-se de apelação cível interposta por Cleonice Soares da Costa insurgindo-se contra a sentença do douto juízo da 3ª vara cível da comarca de Campo Grande/MS que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na ação de cobrança cumulada com perdas e danos ajuizada por ela em face de UNIMED Campo Grande-MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.

Infere-se do caderno processual que a apelante ajuizou a presente ação com fito de receber indenização por danos materiais e morais, eis que afirma que possui contrato de plano de seguro com a requerida há mais de 16 anos e quando necessitou da prestação de fisioterapia domiciliar (sem locomoção), após a realização de uma cirurgia no joelho, tal tratamento lhe foi recusado, sob o argumento de que essa espécie de cobertura não estava prevista em seu plano.

Aduziu que teve que realizar empréstimo para realizar o tratamento, vez que não possuía condições de arcar com seus custos.

Sustentou que tal situação lhe acarretou danos morais, eis que se sentiu desamparada em um momento de necessidade e dor, sendo que tal fato protelou seu tratamento.

Em virtude de tais fatos ajuizou a presente ação e requereu o pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 1.300,00 e por danos morais no valor de R$ 25.000,00.

O douto magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, pois entendeu que no caso só era cabível a indenização por danos materiais, eis que o inadimplemento contratual por parte da cooperativa não é suficiente para acarretar danos morais.

Contra essa decisão insurge-se a apelante afirmando, em síntese, que é assente o entendimento jurisprudencial, firmado principalmente no âmbito do Superior de Justiça, que reconhece a possibilidade de indenização por danos morais ao segurado, em caso de negativa de cobertura de tratamento por parte do plano de saúde.

Afirmou, ainda, que os honorários advocatícios arbitrados merecem ser majorados, eis que estipulados em valor inferior ao devido.

O eminente Relator – Desembargador Paschoal Carmello Leandro – proferiu voto e deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora, estabelecendo indenização por danos morais no montante de R$ 10.000,00. Por outro lado, manteve o valor dos honorários advocatícios estabelecidos em primeiro grau.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão referente ao cabimento de indenização por danos morais no caso em comento.

I.

A questão devolvida a este Tribunal na presente ação, então, resume-se à existência ou não de dano moral indenizável e, já adianto, de fato houve.

Isto porque, a questão atinente à obrigatoriedade de cobertura do tratamento pela apelada restou incontroversa nos autos.

No que tange ao dano moral, Rui Stoco[1], lembrando o magistério de Dalmartello, nos ensina que constituem pressupostos de sua configuração o seguinte:

> *"A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.); dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)".*

Em outras palavras, equivale dizer que há dano moral, passível de ser indenizado, quando a conduta do ofensor produz prejuízo na esfera extrapatrimonial do indivíduo lesionado, violando seus direitos da personalidade, como, por exemplo, sua intimidade, honra, imagem, etc.

No que diz respeito à comprovação do dano moral, tal é assunto bastante discutido no seio doutrinário e jurisprudencial, por se revelar a produção probatória dificultosa, quando se considera *"impossível, na maioria dos casos, se não em todos, descobrir se o ofendido sofreu realmente uma dor"*[2]. Diante disso, tem-se adotado o ponto de vista da razoabilidade humana para se aferir a existência ou não de uma efetiva lesão moral, partindo-se do critério objetivo do homem-médio, ou seja, perguntando-se se na situação uma pessoa normal padeceria de um considerável sofrimento, donde, então, se extrairia uma presunção do acometimento do dano extrapatrimonial.

1 Responsabilidade Civil, p. 458. *In:* Rivista di Diritto Civile, 1933, p. 55.

2 *In:* GAGLIANO, Pablo Stolze e outro, Novo Curso de Direito Civil, v. III. Saraiva, 2003. p.78.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, adota o entendimento o qual também acompanho, qual seja: de que em relação ao dano moral, em si mesmo, puro, não há que se falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento, etc.. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa.*

No caso em exame, a autora afirma ter sofrido danos morais em detrimento da atitude comissiva praticada pela requerida, que aumentou sua desesperança, vez que o tratamento requerido lhe foi negado, sob o argumento de que seu plano não cobria tais gastos, ocasionando, inclusive, a necessidade de realização de empréstimo para arcar com os gastos dele advindos.

Razão lhe assiste.

Restando verificado alhures a configuração do ato ilícito em decorrência da negativa de cobertura do procedimento médico que lhe foi indicado, impõe-se à requerida a necessidade de indenizar os danos morais sofridos pela autora que despendeu uma razoável quantia para a realização do tratamento fisioterápico que deveria ter sido arcado por seu plano de saúde.

Assim, vejo que o abalo emocional e a desesperança por ver seu tratamento descontinuado ensejaram, sim, danos morais.

Nesse sentido já se pronunciou o STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DA RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DA CIRURGIA CARDÍACA PARA COLOCAÇÃO DE STENT - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE E DEU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO DOS CONSUMIDORES. IRRESIGNAÇÃO DA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.*
>
> *A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes.*
>
> *Pretensão voltada à redução do valor fixado a título de dano moral. Inviabilidade. Quantum indenizatório arbitrado em R$ 10.000, 00 (dez mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa."*
>
> (AgRg no RECURSO ESPECIAL N. 1.345.444 - RS (2011/0278790-8) Relator Ministro João Otávio Noronha - T3 - TERCEIRA TURMA – Data de Julgamento - 15.08.2013 - DJe 23.08.2013).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA A TRATAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1. É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, sem que, para tanto, seja necessário o reexame de provas. 2.- A fixação dos danos morais no patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), cumpre, no presente caso, a função pedagógico- punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. 3.- Agravo Regimental improvido."*

(AgRg no REsp 1373969 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0100228-4 – Relator Ministro SIDNEI BENETI - T3 - TERCEIRA TURMA – Data de Julgamento - 28.05.2013 – Data da Publicação/Fonte DJe 19.06.2013).

"Civil. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Negativa ilegal de cobertura, pelo plano de saúde, a atendimento médico de emergência. ***Configuração de danos morais.***

- Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL N. 907.718 - ES (2006/0266103-0) - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI)"

"CIVIL. INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. LEGITIMIDADE. ESPÓLIO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO.

1. "O espólio detém legitimidade para suceder o autor em ação de indenização por danos morais" (REsp 648.191/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 06.12.2004).

2. É possível a reparação moral quando, como no caso presente, os danos não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação de abalo psicológico em que se encontra o doente ao ter negada injustamente a cobertura do plano de saúde que contratou.

3. A análise dos motivos ensejadores da aplicação da multa por litigância de má-fé passa, necessariamente, no caso dos autos, pela interpretação de cláusulas contratuais e revolvimento de fatos e provas constantes dos autos, incidindo, pois, os vetos constantes das súmulas 05 e 07 desta Corte. Precedentes.

4. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil c/c o art. 255, do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular n. 284/STF.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no Ag 797.325/SC, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES,QUARTA TURMA, julgado em 04.09.2008, DJe 15.09.2008.)

Conforme precedentes da 3.ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito.[3]

Por fim, insta esclarecer que não se aplica ao presente caso o entendimento jurisprudencial também firmado no âmbito do STJ, e utilizado pelo douto julgador de primeiro grau para fundamentar sua sentença, de que o mero inadimplemento contratual não acarreta o dever de pagamento de indenização por danos morais, vez que no caso citado, não houve recusa de tratamento antes de o mesmo ser realizado, mas apenas discussão a respeito do valor que deveria ser arcado pelo plano de saúde.

3 REsp 657717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2005, DJ 12/12/2005 p. 374

Confira-se:

> *"Trata-se de recurso especial contra acórdão que, ao manter a sentença, afastou o dever de indenizar por danos morais decorrentes da cobertura apenas parcial de procedimento cirúrgico com colocação de stents. Aquele aresto considerou que o inadimplemento contratual caracteriza mero dissabor não sujeito à indenização por danos morais. A Turma negou provimento ao recurso sob o entendimento de que o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Assim, o inadimplemento motivado pela discussão razoável do descumprimento de obrigação contratual não enseja tal dano, salvo a existência de circunstâncias particulares que o configurem. Observou-se ser certo que há situações nas quais o inadimplemento contratual enseja aflição psicológica e angústia, o que é especialmente frequente em caso de recusa de tratamento médico por empresa privada operadora de seguro de saúde. Entretanto, no caso em questão, a cirurgia foi realizada sem percalços, mas apenas parte do valor da conta do hospital foi coberta, recusando-se o plano de saúde ao ressarcimento da parte paga pelo assistido, ou seja, o valor do implante dos stents foi coberto apenas parcialmente. Desse modo, a partir das circunstâncias de fato delineadas no acórdão recorrido, concluiu-se que o inadimplemento contratual por parte da entidade operadora do plano de saúde, na hipótese, teve consequências apenas patrimoniais, não proporcionando ao recorrente abalo caracterizador de dano moral."* Precedentes citados: (AgRg no REsp 1.132.821-PR, DJe 29.3.2010, e REsp 746.087-RJ, DJe 1º.6.2010. REsp 1.244.781-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 24.5.2011.)

Não há dúvida, portanto, que a autora sofreu danos morais, razão pela qual a condenação da requerida ao pagamento de danos morais, no montante de R$ 10.000, 00, tal como arbitrado pelo Eminente Relator, é medida que se impõe.

Tecidas estas considerações, acompanho o entendimento esposado pelo douto Relator em todos os seus termos.

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

Acompanho Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 10 de setembro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800352-39.2011.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - VIA ADEQUADA - LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE SESSÃO EXTRAORDINÁRIA - VEDADA PELA CARTA MAGNA - EFEITO EX TUNC - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

A arguição de inconstitucionalidade em ação civil pública, quando formulada em caráter incidental, constitui o fundamento, a causa de pedir da demanda, e não o pedido, permanecendo, portanto, a pretensão condenatória que caracteriza a referida ação. Portanto, o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo pode ser feito em ação civil pública, com exercício do controle de constitucionalidade de forma difusa pelo Poder Judiciário, com efeito somente entre as partes.

Quanto ao comparecimento dos vereadores às sessões extraordinárias, o artigo 57 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 50, de 14 de fevereiro de 2006, aplicado ao município pelo princípio da simetria, permite a convocação para sessões extraordinárias, mas "vedado o pagamento de parcela indenizatória".

O controle difuso-incidental de constitucionalidade gera efeitos inter partes e retroativos, cujo caráter (*ex tunc*), deve ceder, dependendo do caso concreto, mediante ponderação e razoabilidade, admitindo-se, sob a ótica da anulabilidade, que só opere efeitos pro futuro (*ex nunc*), situação não visualizada no caso. Manutenção da sentença que se impõe.

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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Antônio José da Silva e outros interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única da comarca de Brasilândia, que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Em suas razões de recurso, os apelantes insurgem-se, preliminarmente, quanto ao fato de ter sido declarada a inconstitucionalidade incidental do artigo 5° da Lei Municipal n. 2262/200, em ação civil

pública, sustentando que o apelado utilizou-se de medida judicial errônea, motivo pelo qual merece o julgamento da ação sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir e ilegitimidade *ad causam*.

No mérito, aduzem, em suma, que não há qualquer ilegalidade nos pagamentos realizados, haja vista terem sido feitos dentro da legislatura compreendida pela referida Lei, e nunca, houve qualquer medida judicial adequada para declarar a inconstitucionalidade da norma.

Alegam que inexiste afronta ao disposto no art. 57, § 7º da CF, uma vez que a Emenda Constitucional nº 50, de 2006, veda o pagamento de parcelas indenizatórias às convocações para sessões extraordinárias do Congresso Nacional, portanto, não há interferência nas disposições dos Estados e Municípios.

Alternativamente, no caso de improcedência dos pedidos supramencionados, invocam a aplicação ao caso concreto dos efeitos *ex nunc*, não retroagindo os efeitos da Lei Municipal n. 2262/2008, sob pena de violar o Princípio da Segurança Jurídica.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação manejado por Antônio José da Silva e outros contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única da comarca de Brasilândia, que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, nos seguintes termos:

> *" A) DECLARO a inconstitucionalidade incidental do art. 5º da Lei Municipal n. 2262, de 02 de julho de 2008;*
>
> *B) CONFIRMO a liminar de f. 300/302, e DETERMINO que a Câmara Municipal de Brasilândia se abstenha de efetuar qualquer pagamento de indenização aos Vereadores, inclusive da atual legislatura, pelo comparecimento em sessão extraordinária, sob pena de responsabilização criminal e por ato de improbidade do ordenador da despesa;*
>
> *C) CONDENO os requeridos ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA, CARLOS AMORIM DE ASSIS, DOMINGOS MOREIRA DA SILVA, EURIDES PALHARI LINS, EVANDRO INÁCIO, FRANCISCO PAULO PIRES, JOAQUIM MARTOS DE MORAES, JORGE DANIEL SILVA DE OLIVEIRA e MARCOS ROBERTO LOPES, todos Vereadores da legislatura encerrada em dezembro de 2012, a ressarcir ao erário o valores recebidos indevidamente da Câmara Municipal de Brasilândia pela realização de sessões extraordinárias no período compreendido entre 18 de dezembro de 2009 a 25 de julho de 2011. Os valores serão apurados posteriormente, após a trânsito em julgado desta sentença, por mero cálculo aritmético, e sobre a condenação deverão incidir atualização monetária a partir de cada recebimento e, apurado o montante, sobre eles incidirão juros moratórios a partir da citação.*
>
> *D) CONDENO os requeridos ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA, CARLOS AMORIM DE ASSIS, DOMINGOS MOREIRA DA SILVA, EURIDES PALHARI LINS, EVANDRO INÁCIO, FRANCISCO PAULO PIRES, JOAQUIM MARTOS DE MORAES, JORGE DANIEL SILVA DE OLIVEIRA e MARCOS ROBERTO LOPES ao pagamento, em igual proporção, das custas processuais.*
>
> *Por fim, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO EXTINTO O PROCESSO, com resolução de mérito".*

Preliminar

Em suas razões de recurso, os apelantes insurgem-se, preliminarmente, quanto ao fato de ter sido declarada a inconstitucionalidade incidental do artigo 5° da Lei Municipal nº 2262/200, em ação civil pública, sustentando que o apelado utilizou-se de medida judicial errônea, motivo pelo qual merece o julgamento da ação sem resolução de mérito.

Sem razão a súplica.

No contexto da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, é necessário distinguir duas situações: uma, em que a ação civil tem por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; outra, em que a questão constitucional configura simples prejudicial da postulação principal, situação esta visualizada no caso.

Assim, a arguição de inconstitucionalidade em ação civil pública, quando formulada em caráter incidental, constitui o fundamento, a causa de pedir da demanda, e não o pedido, permanecendo, portanto, a pretensão condenatória que caracteriza a referida ação.

Nesse sentido, é a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DISTRITAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Não usurpa a competência desta nossa Corte a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei distrital, proferida em ação civil pública. Especialmente quando não demonstrado que o objeto do pedido era tão-somente a inconstitucionalidade da lei. 2. Agravo regimental desprovido."* (AI 557291 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28.09.2010, DJe-248 DIVULG. 16.12.2010 PUBLIC. 17.12.2010. EMENT. VOL-02.453-01. PP-00231.)

> *"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE DO STF. DECISÃO RECLAMADA PROFERIDA EM DATA ANTERIOR À EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Inexiste ofensa à autoridade de Súmula Vinculante quando o ato de que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema. 2. Não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida por juiz em ação civil pública. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento."* (Rcl 6449 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25.11.2009, DJe-232 DIVULG. 10.12.2009. PUBLIC. 11.12.2009. EMENT. VOL-02.386-01. PP-00133. RF v. 106, n. 407, 2010, p. 398-400).

E igualmente, do c. Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI MUNICIPAL. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. ELEIÇÃO DE VIA ADEQUADA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de Duque de Caxias e contra algumas empresas de ônibus ao argumento de que o serviço de transporte coletivo vem sendo prestado pelas empresas mediante termo de compromisso e obrigações há mais de quarenta anos, sem respeito à Lei de Licitações e à Constituição Federal. Requer-se a nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório e a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1469/69. 2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública,*

desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes. 3. Como se observa, o Parquet pugnou pela nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório. É evidente que o pedido de nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados às empresas de ônibus sem a observância do procedimento licitatório não incide na hipótese em que o objeto é da ação é a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Nesse caso, nada impede que, como fundamento para a decisão, ocorra o controle incidental de constitucionalidade. 4. Recurso especial provido." (REsp. 1222049/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26.04.2011, DJe 05.05.2011).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E CULTURAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - SÚMULA 329/STJ - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE. 1. O Ministério Público detém legitimidade para ajuizar ação civil pública, a fim de impedir e reprimir danos a bens e direitos de valor estético e paisagístico. Incidência da Súmula 329/STJ. 2. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial provido." (REsp. 930.016/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.06.2009, DJe 19.06.2009).

In casu, como bem ressaltou o i. Procurador de Justiça à f. 489, *"o Ministério Público requereu, via ação civil pública, o ressarcimento ao erário, fundamentando-se na inconstitucionalidade do artigo 5° da Lei Municipal n. 2.262 de 02 de julho de 2008; logo, a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (incidenter tantum), prejudicialmente ao exame do mérito. Portanto, o magistrado a quo é competente para apreciação da inconstitucionalidade da supramencionada norma"*.

A alegada inconstitucionalidade da Lei municipal eventualmente sustentada pelo Ministério Público é causa de pedir, e não o pedido principal.

Portanto, o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo pode ser feito em ação civil pública, com exercício do controle de constitucionalidade de forma difusa pelo Poder Judiciário, com efeito somente entre as partes.

Sendo assim, afasto a preliminar arguida.

Mérito

Quanto ao mérito, aduzem, em suma, que não há qualquer ilegalidade nos pagamentos realizados, haja vista terem sido feitos dentro da legislatura compreendida pela referida Lei, e nunca, houve qualquer medida judicial adequada para declarar a inconstitucionalidade da norma.

Alegam que inexiste afronta ao disposto no art. 57, § 7º da CF, uma vez que a Emenda Constitucional n. 50, de 2006, veda o pagamento de parcelas indenizatórias às convocações para sessões extraordinárias do Congresso Nacional, portanto, não há interferência nas disposições dos Estados e Municípios.

Alternativamente, no caso de improcedência dos pedidos supramencionados, invocam a aplicação ao caso concreto dos efeitos *ex nunc*, não retroagindo os efeitos da Lei Municipal n. 2.262/2008, sob pena de violar o Princípio da Segurança Jurídica.

Não assiste razão aos apelantes

Quanto ao comparecimento dos vereadores às sessões extraordinárias, o artigo 57 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 50, de 14 de fevereiro de 2006, aplicado ao município pelo princípio da simetria, permite a convocação para sessões extraordinárias, mas "*vedado o pagamento de parcela indenizatória*".

A existência de lei municipal sobre o direito de indenização pela participação em sessões extraordinárias, não pode se sobrepor à Emenda Constitucional 50/2006, sendo clara a intenção do legislador constitucional em alterar o sistema remuneratório, que permitia o pagamento de vantagens pecuniárias previstas em leis locais.

Ademais, de acordo com o artigo 39, § 4º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, a remuneração dos agentes políticos será feita "exclusivamente por subsídio fixado por parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Por outro lado, muito embora a Constituição Estadual seja omissa em relação ao pagamento de indenização pela realização de sessão extraordinária, tal situação não autoriza o pagamento de referida verba, devendo ser respeitado o que estabelecido no texto constitucional.

Como bem assentou o juízo *a quo* (f. 398):

> *"A alteração constitucional, como se percebe, aboliu o pagamento de qualquer verba indenizatória em razão da convocação extraordinária.*
>
> *Há que se ponderar, ainda, que o dispositivo constitucional em comento refere-se ao legislativo federal, porém, em atenção ao princípio da simetria do ordenamento jurídico, as mesmas disposições devem ser aplicadas ao legislativo Estadual e Municipal, por se tratar o § 7º do art. 57 de princípio constitucional ou mesmo norma de repetição obrigatória, que busca o equilíbrio entre a legalidade e a finalidade da proposição legislativa de consolidar o princípio administrativo da moralidade".*

Sobre o assunto a jurisprudência pátria decidiu:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 5º, §2º, DA LEI Nº 346, DE 08 DE OUTUBRO DE 2008, DO MUNICÍPIO DE CORONEL MURTA. INDENIZAÇÃO AOS VEREADORES POR PARTICIPAÇÃO EM SESSÃO EXTRAORDINÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. É inconstitucional a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei nº 346, de 08 de outubro de 2008, do Município de Coronel Murta, que prevê o pagamento de indenização aos vereadores que participarem de reuniões convocadas em sessão extraordinária da Câmara Municipal, por afrontar o artigo 53, §6º, da Constituição Estadual, bem como com o artigo 57, §7º da Constituição da República." (TJMG; ADI 1.0000.11.075403-3/000; Rel. Des. Silas Rodrigues Vieira; Julg. 31/07/2013; DJEMG 14/08/2013).*

Assim, a meu juízo, agiu com acerto o magistrado *a quo*, em declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 5º da Lei Municipal n. 2.262, de 02 de julho de 2008.

Alternativamente, no caso de improcedência dos pedidos supramencionados, invocam a aplicação ao caso concreto dos efeitos *ex nunc*, não retroagindo os efeitos da Lei Municipal nº 2262/2008, sob pena de violar o Princípio da Segurança Jurídica.

Mais uma vez não deve ser acolhida a pretensão recorrente.

Como cediço, o controle difuso-incidental de constitucionalidade gera efeitos inter partes e retroativos, cujo caráter (*ex tunc*), deve ceder, dependendo do caso concreto, mediante ponderação e razoabilidade, admitindo-se, sob a ótica da anulabilidade, que só opere efeitos pro futuro (*ex nunc*).

Pedro Lenza alerta que *"o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito ex nunc ou pro futuro", tendo o Ministro Gilmar Mendes (Ação Cautelar n. 189) ressaltado que "o sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade admite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade"* (*in* Direito Constitucional Esquematizado, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149).

No caso, não verifico qualquer excepcionalidade para que se atribua o efeito *ex nunc* postulado, mesmo porque, é latente a ilegalidade praticada pelos apelantes que, mesmo após Emenda Constitucional 50, de 14 de fevereiro de 2006, elaboraram uma lei, permitindo o pagamento de vantagens pecuniárias.

Como bem mencionou o i. Procurador de Justiça à f. 501*:*

> *"não se verifica qualquer situação excepcional, seja para o bem da segurança jurídica ou de relevante interesse social, a outorgar efeitos prospectivos à decisão. Ao inverso, o que se tem é um desrespeito a vários princípios constitucionais vigentes, dentre eles o princípio da moralidade, pois a vedação contida na Constituição Federal, que, por simetria, deve ser aplicada no âmbito Estadual e Municipal, veio a atender ao clamor social.*
>
> *E, como bem ressaltou o Promotor de Justiça em contrarrazões recursais: 'Por outro enfoque, não atenderia o princípio da proporcionalidade dar validade aos valores pagos aos Vereadores-Requeridos pelo comparecimento nas sessões extraordinárias realizadas na Câmara Municipal de Brasilândia nos anos de 2009 a 2011.*
>
> *Isso porque a ilegalidade era patente. E conforme veremos o recebimento de valores pelos Apelantes feriu princípios éticos.*
>
> *Consta da documentação juntada com a inicial que as sessões ordinárias eram realizadas, às vezes, na mesma data que as extraordinárias objeto dos autos, com mínima diferença de tempo entre elas" - págs. 477/478.'."*

Destarte, considerando todas as questões apresentadas nos autos, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 29 de outubro de 2013.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4008880-49.2013.8.12.0000 - Glória de Dourados
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ARREMATAÇÃO DE BEM PELO ADVOGADO DA EXECUTADA - PAGAMENTO COM CRÉDITO DECORRENTE DE HONORÁRIOS PARA DEFESA NOS PRÓPRIOS AUTOS - ATITUDE TEMERÁRIA - ATO ATENTATÓRIO DA DIGNIDADE DA JUSTIÇA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - RECURSO IMPROVIDO.

Age com temeridade o advogado da executada que tenta satisfazer seu crédito arrematando o bem da própria cliente para, assim, compensar-se pelos serviços prestados desempenhados nos próprios autos da execução e, ainda, pretenda desfalcar a garantia hipotecária da parte exequente que fundamenta esta mesma ação executiva, impondo-se a manutenção da decisão que os condena, executada e patrono, em multa por ato atentatório da dignidade da justiça e litigância de má-fé.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 1 de outubro de 2013.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Vitória Chicarelli Basta e seu advogado Jurandir Pires de Oliveira, na ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Banco do Brasil S/A, interpõem agravo de instrumento contra a decisão que excluiu Luiz Basta do polo passivo da ação, indeferiu o pedido de preferência do crédito do advogado no auto de arrematação, bem como aplicou multas, por ato atentatório à dignidade da justiça à executada, e por litigância de má-fé ao seu advogado.

Em suas razões, alega, em suma: que ao excluir o Sr. Luiz Basta do processo, mantendo-o nos autos de insolvência civil, está o juízo admitindo a cobrança em dobro de um mesmo título executivo; que possui o advogado direito de preferência sobre a garantia hipotecária do exequente, cujo valor do contrato pode ser reservado na execução, não havendo desfalque da garantia hipotecária; que não pode a executada ser penalizada por ato atentatório da dignidade da justiça, vez que não participou do ato de arrematação; que não existe motivação legal para a imposição de multa ao patrono, tendo em vista que o arrematante está exercendo direito próprio legal, inexistindo temeridade alguma; que a determinação para depósito do lanço é incompatível com a arrematação feita pelo patrono, vez que foi feita com parte do valor do crédito do arrematante nos autos de execução que move em face da executada, para recebimento de seus honorários.

Ao final, requer provimento ao recurso.

Às f. 41 admitiu-se o recurso (f. 41), tendo o juízo singular prestado suas informações às f. 48-75.

Apesar de devidamente intimado, o agravo deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões (f. 81).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vitória Chicarelli Basta e seu advogado Jurandir Pires de Oliveira contra decisão interlocutória proferida na ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Banco do Brasil S/A, que excluiu Luiz Basta do polo passivo da ação, indeferiu o pedido de preferência do crédito do advogado no auto de arrematação, bem como aplicou multas, por ato atentatório à dignidade da justiça à executada, e por litigância de má-fé ao seu advogado.

Conforme relatado, requerem os agravantes provimento ao agravo com a finalidade de reformar a decisão, sob o argumento de que ao excluir o Sr. Luiz Basta do processo, mantendo-o nos autos de insolvência civil, está o juízo admitindo a cobrança em dobro de um mesmo título executivo; que possui o advogado direito de preferência sobre a hipoteca, cujo valor do contrato pode ser reservado na execução, não havendo desfalque da garantia hipotecária; que não pode a executada ser penalizada por litigância de má-fé, vez que não participou do ato de arrematação; que não existe motivação legal para a imposição de multa ao patrono, tendo em vista que o arrematante está exercendo direito próprio legal, inexistindo temeridade alguma; que a determinação para depósito do lanço é incompatível com a arrematação feita pelo patrono, vez que foi feita com parte do valor do crédito do arrematante nos autos de execução que move em face da executada e seu marido.

A meu juízo, a irresignação recursal não merece guarida.

Ao que se colhe dos autos, na origem, trata-se de ação de execução de título extrajudicial que tramita desde 17.05.1995, e que até hoje não se encerrou, devido à inúmeros atos e requerimentos dos executados, representados pelo patrono Jurandir Pires de Oliveira, ora recorrente, visando obstar a alienação dos bens dados como garantia da dívida e penhorados.

Aliás, de acordo com as informações prestadas pelo julgador singular, "Não por outro motivo a parte exequente já fora multada anteriormente, nestes mesmos autos, pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, cuja decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça nos autos do agravo de instrumento n. 0018543-27.2012.8.12.0000", de minha relatoria.

Na situação ora em análise, foi levado à praça bem imóvel pertencente aos executados que, após frustrada em primeira tentativa (f. 28), foi arrematado pelo Sr. Jurandir Pires de Oliveira, que ofereceu como pagamento parte de seu crédito correspondente à honorários advocatícios devidos pelos executados em razão de contrato firmado para suas defesas nestes mesmos autos, e que são objeto de execução n. 034.12.000028-1 (f. 29), em trâmite naquela mesma comarca de Glória de Dourados.

Em decisão ora agravada, o juiz monocrático indeferiu o pleito, ao fundamento de que para ver satisfeito seu crédito contratual deveria o patrono ajuizar ação própria, no bojo da qual deveria ter deduzido sua pretensão executiva, o que não se verificou nos autos.

De fato, agiu com acerto o julgador, porquanto não pode o credor simplesmente impor seu suposto crédito a outro que se encontra garantido por hipoteca, sem que antes haja a devida habilitação do crédito no juízo e penhora sobre o mesmo bem, com o consequente concurso de credores.

> Por outro lado, como bem consignou o douto magistrado de primeiro grau, *"é incrível que o próprio advogado da executada tente satisfazer seu crédito arrematando o bem da executada, como de fato arrematou, para, assim, compensar-se pelos serviços prestados desempenhados nestes próprios autos da execução e, ainda, pretenda desfalcar a garantia hipotecária da parte exequente que fundamenta esta mesma ação executiva."*

A toda evidência, trata-se de ato atentatório à dignidade da justiça, porquanto utilizaram-se a executada e seu patrono de artifício para protelar ainda mais a venda judicial do bem imóvel e a satisfação do crédito do exequente naquela ação que, repita-se, tramita há mais de 18 anos, o que não pode ser admitido pelo Judiciário.

Neste sentido, trago à colação o seguinte excerto do *decisum*:

> *"No meu sentir, trata-se de evidente ato que atenta contra a dignidade da justiça praticado pela executada, nos termos do art. 600, II, do CPC, eis que causa embaraço à alienação do bem e configura oposição maliciosa à execução por meio de ardil absolutamente inaceitável, pois, como se vê, a parte executada está tentando forjar uma dívida de recebimento preferencial para com seu advogado para não pagar o exequente.*
>
> *Por isso, aplico à executada multa equivalente a 15% sobre o valor atualizado da dívida, nos termos do art. 601 do CPC, em favor da exequente, já que é a segunda vez nestes autos que este Juízo verifica a prática de ato atentatório à dignidade da justiça por parte da executada.*
>
> *Quanto ao advogado JURANDIR PIRES DE OLIVEIRA, a partir do momento que assumiu a condição de arrematante e ingressou neste processo em nome e na defesa de direito próprio para opor resistência injustificada ao andamento do processo executivo e, ainda, proceder de modo temerário ao frustrar a alienação judicial por terceiros interessados, ficou sujeito às penas de litigância de má-fé, nos termos do art. 17, IV e V, do CPC."*
>
> Veja-se que a atitude temerária da executada e seu advogado é reconhecida nas próprias razões recursais, quando afirmam que *"A executada assinou contrato de honorários juntamente com seu marido e a Indústria e Comércio de Farinha de Mandioca Irmãos Basta Ltda, no dia 10 de setembro de 1999 e durante todos estes anos, todos os recursos jurídicos possíveis foram apresentados para a defesa dos direitos dos contratantes, permanecendo os mesmos até a presente data na posse do imóvel, desfrutando por mais de uma década, sem nada pagar de honorários."* (sublinhei).

Assim, ao contrário do que afirmam os agravantes, entendo que a conclusão alcançada pelo magistrado está alicerçada em premissas seguras, decorrentes das normas aplicáveis à espécie e dos fatos apresentados no cotejo probatório, não havendo reparo a ser promovido no *decisum* no tocante ao reconhecimento do ato atentatório da dignidade da justiça e litigância de má-fé praticado pelos recorrentes.

De igual modo, não há falar em desacerto da decisão ao determinar o depósito do lanço para eficácia da arrematação, já que tal é decorrência lógica do indeferimento do pedido de utilização do crédito referente aos honorários como pagamento da arrematação.

Por fim, tenho que a via eleita é inadequada para se discutir eventual direito de exclusão de habilitação do crédito exequendo em autos diversos, mesmo porque tal questão sequer foi objeto da decisão pelo juízo singular, de modo que implicaria em julgamento *per saltum,* o que é vedado pelo ordenamento pátrio.

Destarte, deve o *decisum* ser mantido intacto por seus próprios fundamentos.

Posto isso, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 01 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800200-24.2011.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE DANOS MORAIS – AGRESSÕES VERBAIS EM LOCAIS PÚBLICOS E ATRAVÉS DE MENSAGEM DE CELULAR – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – *QUANTUM* ADEQUADAMENTE FIXADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RÉ BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – SUSPENSÃO DA CONDENAÇÃO NAS VERBAS SUCUMBENCIAIS – ARTIGO 12 DA LEI N. 1.060/50 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Configurado o dano moral, aquele que o sofreu faz jus à indenização pleiteada.

A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve ocorrer com a utilização do prudente arbítrio do magistrado, para que não haja enriquecimento de um à custa do empobrecimento alheio, devendo, entretanto, zelar o julgador para que o valor a ser fixado não seja irrisório.

O gozo dos benefícios da justiça gratuita não isenta a parte da condenação aos ônus da sucumbência, entretanto fica com sua exigibilidade sobrestada enquanto permanecer o estado de miserabilidade.

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 a ambos os recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 10 de dezembro de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Nazira Cristina Chehade Marques e Longini Bittencourt contra sentença (fls. 181-187) que julgou procedente a ação de indenização por danos morais promovida por Nazira Cristina Chehade Marques em desfavor da segunda apelante.

A apelante Nazira Cristina Chehade Marques alega, em suma, que:

> *"[...] a decisão acima ora combatida no que tange aos honorários sucumbenciais deve ser reformada onde, a juíza de primeiro grau não se ateve aos preceitos legais, e nas maciças campanhas da Ordem dos Advogados do Brasil, no que tange a valorização do trabalho deste profissional como Advogado, onde a Ilustre juíza Condenou a Apelada em pagar a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais) a titulo de Dano Moral, mas achou por bem*

no que tange aos honorários sucumbenciais, em sobrestá-lo, com base no teor do art.12 da Lei 1060/50. (fls. 193-194).

A Apelada é proprietária de um escritório Despachante nesta comarca de Ponta Porã, é proprietária de veiculo automotor além de ostentar socialmente uma vida abastada. (f. 195)

Inegavelmente trata-se de uma construção de argumentação confusa, construída através de uma mente fértil e ardil, não se podendo aferir com precisão o que a Apelada deseja apresentar precisamente perante esse juízo ao solicitar que lhe seja concedido o beneficio da justiça gratuita." (f. 195).

Ao final, requer que "reconheçam do Recurso de Apelação para ao final julgar-lhe procedente, reformando a sentença proferida em primeira instância, em condenar a Apelada a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios em 12% sobre o valor da indenização, que fora fixado em R$ 7.000,00 (sete mil reais), considerando o grau de zelo profissional, o tempo e o trabalho, nos termos do art. 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil ou sendo outro entendimento de Vossas Excelências, que seja arbitrado segundo vossos entendimentos". (fls. 195-196).

A segunda apelante, Longini Bittencourt, por sua vez, recorre, afirmando, em síntese, que:

"Por outro lado e não menos certo é que as testemunhas inquiridas em juízo, nenhuma delas afirmou categoricamente que tenha presenciado alguma ofensa verba ou física praticada pela Recorrente, inclusive no local de trabalho da Recorrida [...] (f. 209).

[...] as demais testemunhas inquiridas pela Magistrada da instância singela, afirmaram que a Recorrida constantemente ligava para no local de trabalho da Recorrente e provocava esta última; ou seja, na realidade é a Recorrente que deveria ser INDENIZADA PELA RECORRIDA [...] (fls. 201-211).

Ora, o simples fato de ter havido alguns desentendimentos entre a Recorrida e a Recorrente, mas sem que esta última tenha proferido qualquer palavra ofensiva, não gera o condão no dever de indenizar, salientando que inexiste uma prova documental ou mesmo testemunhal comprovando que a Recorrente tenha ofendido verbalmente ou fisicamente a Recorrida. (f. 213).

[...] a fixação nos danos morais na ordem de R$ 7.000,00 (Sete mil reais) é extremamente exagerado, uma vez que a Recorrente é pessoa humilde, de poucas posses, tanto é verdade que pleiteou os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita e por outro lado no caso específico da Recorrida é escriturária e percebendo remuneração mensal um pouco superior a 02 (Dois) Salários Mínimos (R$ 1.476,66 - Declaração de IR em anexo, a qual em sendo mantido tão elevado montante ocorrerá o enriquecimento ilícito e injustificado da Recorrida e a Insolvência Civil da Recorrente." (f. 215)

Ao final, requer que "conheça do presente recurso de apelação, para o fim de que dê provimento de plano ao presente (art. 557º do cpc), para ser reformada a sentença de fls., para que ao final seja julgada totalmente improcedente a ação indenizatória, seja pela não comprovação de qualquer conduta culposa pratica pela recorrente, seja pela não comprovação do dano moral suportado pela recorrida ou sucessivamente que seja reduzido o dano moral fixado, para montante não superior a 02 (dois) salários mínimos, tudo de acordo com o direito e por ser de inteira justiça". (fls. 215)

Devidamente intimadas, apenas a autora apelante apresentou contrarrazões. (fls. 219-229).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Nazira Cristina Chehade Marques e Longini Bittencourt contra sentença (fls. 181-187) que julgou procedente a ação de indenização por danos morais promovida por Nazira Cristina Chehade Marques em desfavor de Longini Bittencourt.

Verifico 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:

> *"Como se vê das assertivas constantes da petição inicial e da defesa, repousa o presente litígio na alegação de que a demandante passou a sofrer constrangimentos por parte da demandante após um relacionamento amoroso que a primeira manteve com o esposo da segunda. A demandante afirma que por mais de uma ocasião, a demandada lançou-lhe ofensas morais na presença de outras pessoas, inclusive no seu ambiente de trabalho.*
>
> *Por sua vez a demandada, em defesa, afirma que não praticou nenhuma dessas condutas que lhe foram imputadas, afirmando que era a demandante quem lhe causou transtornos em razão do referido envolvimento amoroso.*
>
> *Pois bem. Examinando os autos e o desenrolar dos acontecimentos, verifica-se que a versão apresentada pela demandante nos autos é mais verossímil.*
>
> *Isso porque as mensagens enviadas para o celular da demandante, constantes ás f.60/61, já apontam a existência de uma animosidade contra a demandante por causa do seu envolvimento com o marido da demandada.*
>
> *Ora, não há dúvidas de que tal circunstância é, no mínimo, um indício da situação vexatória que a demandante estava exposta, notadamente pelo tom ameaçador que continham.*
>
> *Embora, por si só, tal elemento realmente nada comprove, é certo que aliado aos demais elementos probatórios, confere veracidade as alegações contidas na inicial.*
>
> *De outra parte, a prova testemunhal produzida é elucidativa no que diz respeito as situações constrangedoras a que a requerente se submeteu, notadamente pelo episódio ocorrido no seu trabalho.*
>
> *Os depoimentos das testemunhas arroladas, de modo coerente, indicam que a demandada, de fato, foi até o ambiente de trabalho da demandante para constrangê-la, tentando expor sua vida pessoal, através da divulgação do dito romance com seu marido.*
>
> *Declarou Norma Candida Ferreira de Oliveira (f.162/163): "que em determinada oportunidade, a requerida esteve no cartório da 2ª vara e num comportamento bastante alterada pediu para conversar com a requere; que a requerente se dirigiu até a pessoa dela, mas em seguida saiu, permanecendo na sala do Dr. Mauro; que o Dr. Mauro é o juiz titular da vara; que mesmo assim a requerida ficou no balcão do cartório e de forma alterada insistentemente repetia que era para a requerente ir até o seu encontro para conversar; que a requerida estava muito nervosa e seu tom de voz alterado; que a requerente ficou no balcão do cartório por uns cinco minutos; que logo em seguida o juiz veio conversar com a requerida lhe solicitando que se retirasse do local, se acaso houvesse um problema pessoal dela com a servidora; que nesse momento, a requerente estava sentada em sua*

mesa; que a requerida queria falar, mas o juiz sob o argumento de que se fosse questão pessoal resolvesse "lá fora", pediu para que se retirasse;"

Disse o Dr. Mauro Nering Karloh em seu depoimento (f.164/165): "Que não presenciou nenhuma conduta de agressão verbal ou física da requerida contra a requerente; que tomou conhecimento dos fatos porque seu chefe de cartório lhe levou ao seu conhecimento que a requerente durante seu horário de trabalho recebia inúmeras ligações por parte da requerida; que não sabe informar qual era o teor dessas ligações; que em determinada oportunidade em rzão de que essa circunstância vinha influenciando no desempenho da servidora, lhe chamou para conversar individualmente; que nesta oportunidade a requerente lhe contou o que estava acontecendo, afirmando que naquela ocasião nada tinha nenhum envolvimento com o marido da requerida, mas que em razão de já ter ocorrido um romance com o mesmo quando esse estava separado, a requerida lhe perseguia por ciúmes; que numa outra oportunidade a requerida esteve no cartório e o depoente necessitou intervir, pois a mesma queria conversar com a requerente; que o depoente solicitou a mesma qual era o problema, que se fosse alguma reclamação acerca do serviço ou de processo seria esclarecido, mas que a mesma lhe afirmou que se tratava de um problema pessoal com a requerente; que então o depoente solicitou que a requerida resolvesse a questão fora do local de trabalho, o que esta prontamente atendeu, se retirando do local; que não lhe pareceu que a requerida estivesse com o comportamento alterado; que não viu se a requerente e a requerida chegaram a conversar". Às reperguntas do advogado da requerida, respondeu: "Que não se recorda de ter conversado individualmente com a requerida em alguma oportunidade em seu gabinete referente à situação envolvendo as partes; que segundo lhe informou seu escrivão, as ligações que mencionou acima eram apenas recebidas, não sabendo dizer se a requerente fazia ligações para a requerida".Às reperguntas do advogado da autora, respondeu: "Que pode informar que a requerente tirou algumas licenças médicas, mas não sabe dizer se tem ligação com os motivos contidos na inicial; que no seu juízo, essas licenças podem ter ocorridos em razão dos fatos envolvendo as partes, mas não tem como dar certeza, inclusive acreditando que a remoção da servidora para Campo Grande também se deu por esse fato".

Por fim, afirmou Marcos Armin Marchewicz: "que tomou conhecimento dos fatos porque a requerente recebia ligações semanais em seu celular e afirmava que era por parte da requerida; que tais telefonemas deixavam a requerente nervosa, fato que refletia no seu trabalho; que em razão disso levou tal informação ao conhecimento do juiz da vara; que o magistrado conversou pessoalmente sobre a situação com a servidora; que segundo o juiz disse para a requerente, a mesma deveria resolver esse problema fora do seu local de trabalho; que a requerente chegou a trocar o número do celular, mas segundo afirmava a requerente a requerida descobria e passava a fazer ligações e passar mensagens novamente; que não sabe dizer qual era o teor das conversas ou das mensagens; que a requerente costumava comentar frequentemente com as outras servidoras, mas em decorrência de seu estado, nervoso, e até mesmo a necessidade de comparecer na delegacia para esclarecer os fatos, tomou ciência da situação; que em determinada oportunidade a requerida compareceu no cartório e o depoente conversou com a mesma; que a requerida aparentava estar nervosa e pedia para conversar com a requerente; que a requerente se negou a ir conversar com ela; que o depoente chegou a lhe afirmar que era um problema pessoal a situação deveria ser resolvida em outro local; que então o juiz da vara também veio conversar com a requerida, sendo que lhe fez as mesmas afirmações; que depois disso a requerida se retirou do local". (f. 166).

Importante notar que tais testemunhas também confirmaram que a demandante estava regularmente recebendo telefonemas e mensagens no seu celular durante o expediente de trabalho, que a deixavam bastante nervosa. Além disso, todas apontaram a demandada como a provável autora das ligações e das mensagens.

Não bastasse isso, a testemunha Maria de Fatima Cunha Ferreira, a qual é cunhada

da demandada relatou que: tomou conhecimento que a requerida por algumas oportunidades perseguia a requerente com seu veículo, inclusive batendo contra o veículo desta última; que a requerente manteve um romance com o irmão da depoente, o qual estava separado da requerida; que em razão desse fato, houve um desentendimento entre ambas, que resultou nos fatos que narrou; que não sabe dizer se houve ameaças por parte da requerida contra a requerente; que pode afirmar que a requerida esteve no local de trabalho da requerente; que acredita que a requerida esteve no local de trabalho da requerente para frontá-la e tomar satisfação sobre o caso; que não presenciou esse fato; que também ficou sabendo que quando a requerente e a requerida se encontravam pelas ruas havia xingamentos ". (f. 160/161).

Em que pese a negativa da demandada acerca da prática dos fatos, é certo que, repito, a prova testemunhal demonstrou exatamente o contrário. Até porque, os relatos das testemunhas da demandada são mais vagos, cedendo diante da prova convincente produzida pela demandante.

Neste ponto, registro que em casos como o presente, o contato direto que o julgador mantém com as testemunhas é fator preponderante para a elucidação dos fatos. E no caso, ao perquirir as testemunhas, o convencimento desse juízo foi de que a demandada sentiu-se atacada moralmente pelo envolvimento de seu esposo com a demandante e por isso buscou provocar situações para expor a vida pessoal desta última, no intuito de denegrir sua imagem.

[...]

Pois bem. Os fatos noticiados, certamente, atingiram à órbita moral da parte autora, afetando-a no seu íntimo, tranquilidade e sossego. Percebe-se, pois, configurado, de forma inquestionável, o dano moral, sendo desnecessária, neste caso, a comprovação específica do prejuízo, pois o dano se extrai a partir da verificação da conduta.

Cumpre ressaltar que é perfeitamente passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, decorrente de terem sido atingidos direitos inerentes à

personalidade da parte autora.

A Constituição Federal assegura expressamente a indenização por ofensa a incolumidade física, como se transcreve:

[...]

Contudo, sabe-se que o magistrado, na quantificação dos danos morais, não deve somente considerar as condições em que se deu a ofensa e a sua gravidade, mas também o porte econômico do ofensor e do próprio ofendido, de modo a não ocasionar nem a ruína financeira do primeiro, nem o enriquecimento sem causa deste último.

Ademais, a indenização deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar e se repetir, assim como punitivo, visando à reparação pelo dano sofrido.

Não devendo, contudo, se transformar em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Dessa forma, levando em consideração as questões fáticas, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, entendo que, a indenização a título de danos morais deve ser fixada no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais).

> *ISSO POSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na inicial para condenar a demandada pagar a demandante indenização por dano moral no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) corrigido monetariamente pelo índice do IGPM-FGV, e juros de mora de 1% ao mês, ambos desde a data do arbitramento, a teor da Súmula 362 do STJ.*
>
> *Condeno a demandada no pagamento das custas processuais e no pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 12% sobre o valor da indenização, considerando o grau de zelo profissional, o tempo e o trabalho do procurador do Demandante, nos termos do art. 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. Todavia, suspendo a exigibilidade do ônus sucumbenciais imposto, a teor do art.12 da Lei 1.060/50. (Grifei)*

Como se vê, a sentença atacada não merece censura.

A matéria debatida foi deveras esmiuçada pelo magistrado de origem, tendo restado comprovado, através de provas testemunhais, a ocorrência de dano moral, bem como o nexo causal existente entre as atitudes ilícitas praticadas por Longini Bittencourt e os dissabores que as mesmas causaram na vida da autora, Nazira Cristina Chehade Marques.

O reconhecimento do ato ilícito, do dano moral e do nexo entre eles, no caso, decorre unicamente da violação da intimidade da autora apelante em local público, em razão das agressões verbais protagonizadas, bem como pelo fato de ter ocorrido exposição desnecessária da vida privada da autora apelante, tudo isso a afrontar os valores estabelecidos no art. 5º, X da CF.

Sobre o tema, leciona Carlos Alberto Bittar que:

> *"(...) qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e o da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive ou atua (o da reputação ou da consideração pessoal)."*

Veja-se, por oportuno, nos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, o conceito de dano moral puro:

> *(...) por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. (...) Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti que decorre das regras de experiência comum.*[1]

Comprovada a existência do dano, resta avaliar se o valor estipulado a título de danos morais o foi em consonância com a jurisprudência e doutrina vigentes, isto porque cediço que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para se chegar a referido *quantum*.

A quantificação do dano moral deve centrar-se em critérios de razoabilidade, levando em consideração, sobretudo, as condições econômicas daquele que pratica o ato ofensivo, o grau da ofensa e

1 *in* Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., 2ª tiragem, 2004, p. 100.

suas consequências, para que não constitua a reparação em fonte de enriquecimento indevido àquele que se viu ofendido, devendo haver, no caso, uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Na hipótese vertente, o valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, mostra-se não só perfeitamente possível de ser reparado pela apelante, como também mitiga, adequadamente, os contratempos sofridos pela autora apelante, mostrando-se em perfeita consonância com casos análogos apreciados por este Tribunal.

Destarte, forte no princípio da razoabilidade, considerando a repercussão dos fatos na vida da autora ora apelante e os transtornos que lhe foram causados, tenho que o valor da condenação fixado em R$ 7.000,00 encontra-se bem estimado e guarda consonância com os objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos interpostos respectivamente por Nazira Cristina Chehade Marques e Longini Bittencourt, para manter incólume a sentença ora hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, 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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, MS, 10 de dezembro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000147-52.2010.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COLETIVA – PLANO DE SAÚDE – AUMENTO DE MENSALIDADE EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – ABUSIVIDADE – INCIDÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO E DA LEI CONSUMERISTA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda o reajuste de mensalidades de planos de saúde por mudança de faixa etária.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, MS, 1 de outubro de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalhos Médicos contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação coletiva de consumo cumulada com nulidade de cláusula contratual proposta pela Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul.

A cooperativa médica apelante alega, em síntese, que:

A r. sentença declarou a nulidade da cláusula 19.3 do contrato que prevê o reajuste das mensalidades plano de saúde em questão e ordenou que a apelante mantenha o plano de saúde com os valores vigorantes antes do aumento, acrescido apenas dos percentuais de reajustamento anual estabelecidos pela ANS (f. 666).

Como já esclarecido a apelada em seu pleito insurgiu basicamente contra o reajuste por faixa etária, sendo certo que foi demonstrado que o contrato previa dois tipos de reajustes, o primeiro é aquele anual que tem por base o mês de aniversário do contrato e o segundo é o reajuste por faixa etária (f. 666).

Insta esclarecer que as partes celebraram contrato de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares em 01/11/2003, desta feita, o presente instrumento veio se mostrando deficitário nos últimos anos, tendo sido apurado através dos cálculos atuariais que no exercício de 2005/2006 houve um déficit financeiro no importe de 125,01% e no exercício de 2006/2007 um déficit de 202,99% (f. 667).

Desta feita, por se tratar de sociedade cooperativa, a requerida não aufere lucros, uma vez que toda a receita que ingressa em seu patrimônio não lhe pertence, mas sim aos médicos cooperados que a integram, da mesma forma, toda despesa que onera os cofres da cooperativa, onera inexorável e individualmente cada um dos cooperados (f. 667).

Assim, exposta a situação ao contratante, aceitou-se um reajuste inicial de 30% do valor das mensalidades, tendo a apelada celebrado com a apelante o ADITIVO CONTRATUAL, onde restaram estabelecidos os reajustes por data e por faixa Etária (f. 667).

Portanto, resta claro a má-fé da apelada em aduzir nos autos da presente demanda suposta abusividade e atitude ilícita da apelante, quando houve anuência em JUÍZO referente à base de cálculo que seria aplicada nos reajuste, sendo absolutamente descabida e infundada a pretensão da requerente (f. 667).

Outrossim, nos contratos coletivos firmados através da apelante e registrados junto à ANS, o reajuste se dá conforme pactuado contratualmente, levando-se em conta as faixas etárias dos beneficiários e as condições de utilização (Cláusulas 17 e seguintes do contrato firmado) (f. 667).

De valiosa importância destacar recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial n. 866.840, divulgado em seu endereço eletrônico onde decidiu aquele Tribunal que mensalidades podem sim subir quando o usuário mudar de faixa etária (f. 668).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que os reajustes dos planos de saúde por faixa etária são legais, mesmo quando não informados em contrato. A quarta turma do tribunal acolheu recurso do Bradesco Saúde e julgou improcedente ação coletiva movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), que pediu a anulação das cláusulas de convênios assinados até 1998 (f. 668).

O reajuste por mudança de faixa etária é decorrente do aumento no RISCO ATUARIAL DE SINISTRALIDADE, inerente ao nosso perfil pessoal e assim, as operadoras podem diferenciar o valor das mensalidades de acordo com a faixa etária do consumidor (f. 669).

> Por fim, requer *"[...] seja recebido o presente recurso de APELAÇÃO e ao final lhe seja dado INTEGRAL PROVIMENTO para retificar a decisão objurgada julgando totalmente improcedente o pleito inicial. Pelas razões ora expendidas, com fundamento nas provas constantes dos autos, espera seja reformada a r. decisão de primeira instância para determinar a improcedência da Ação promovida pelo recorrido, com a conseqüente reversão dos ônus da sucumbência."* (f. 681).

A Associação ora apelada, devidamente intimada, apresentou as contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 735-744).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso de apelação cível.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalhos Médicos contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação coletiva de consumo cumulada com nulidade de cláusula contratual proposta pela Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Com efeito, verifico dos autos que a Associação ora apelada propôs a presente ação coletiva, ao argumento de que a requerida vem aumentando indiscriminadamente o valor das prestações quando os beneficiários do plano atingem 60 anos de idade, violando, dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, razão pela qual requer a devolução dos valores cobrados indevidamente dos beneficiários do plano contratado.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *"(...) De um minucioso estudo do conjunto probatório carreado ao bojo destes autos, tenho que a pretensão formulada na inicial deve prosperar, senão vejamos.*
>
> *A controvérsia cinge-se em verificar a suposta abusividade no reajuste de plano de saúde, na faixa etária de 60 a 69 anos e de 70 anos para frente, que ultrapassaria 100% (cem por cento) do valor da faixa etária dos consumidores com 59 anos.*
>
> *Pois bem.*
>
> *Depreende dos documentos acostados aos autos, especialmente do contrato acostado às f. 76/99, que, em 01/11/2003, o SINDICATO RURAL DE CAMAPUÃ firmou com a UNIMED CAMPO GRANDE/MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, "contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares" - registro ANS nº 312851, plano empresarial plus A1 Apartamento Adesão c/ Obstetrícia.*
>
> *A cláusula 19.3 do aludido contrato, que trata das condições de reajuste, estabelece que:*
>
> *"19.3 Ocorrendo alteração na idade do usuário que importe em deslocamento para a faixa etária superior, as mensalidades serão reajustadas automaticamente, no mês seguinte ao do aniversário, exceto quando o USUÁRIO atingir a idade superior a 60 (sessenta) anos, quando o aumento obedecerá os critério autorizados pela SUSEP."*
>
> *Nos aditivos contratuais acostados às f. 170/180, consta a variação do valor da mensalidade em decorrência da mudança de faixa etária.*
>
> *Vê-se, por exemplo, que no aditivo contratual firmado em 01/11/2009 (f. 170/171), o valor da mensalidade na faixa etária de 50 a 59 anos é de R$ 285,23 (duzentos e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos), enquanto o valor da mensalidade na faixa etária de 60 a 69 anos é de R$ 507,76 (quinhentos e sete reais e setenta e seis centavos), e na faixa etária de 70 anos para frente anos é de R$ 728,17 (setecentos e vinte e oito reais e dezessete centavos).*
>
> *Além disso, os relatórios acostados às f. 101/105 também demonstram a cobrança de valores diferenciados nas faixas etárias de 60 a 69 anos, bem como de 70 anos para frente.*
>
> *No meu sentir, o reajuste exorbitante da mensalidade do plano de saúde na faixa etária de 60 a 69 anos e de 70 anos para frente, revela-se abusiva, onerando demasiada e injustificadamente os consumidores idosos naquelas faixas etárias.*
>
> *Frise-se que todo e qualquer plano ou seguro de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do artigo 35,da Lei 9.656/98, aplicável ao caso em exame.*

Aliás, sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 469, que dispõe o seguinte:

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde."

Com efeito, o reajuste da mensalidade em valor tão expressivo rompe o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC, inviabilizando a continuidade dos contratos a segurados nessas faixas etárias.

Ademais, estabelece o artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03, que:

(...)

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade."

Sobre o tema em análise, veja-se a lição de Denise Gasparino Moreno, in verbis:

"(...) Uma das maiores reclamações, levadas ao PROCON pelas pessoas idosas, gira em torno das altas taxas cobradas pelos Seguros de Saúde para aos maiores de sessenta anos de idade. Como a assistência à saúde fica a cargo da iniciativa privada, a exorbitância dos custos sempre gerou reclamações. Como o SUS tem péssimo atendimento para os idosos, ficam eles totalmente vulneráveis e à mercê da boa vontade dos profissionais da saúde.

Foi exatamente para dirimir estas questões que o Estatuto do Idoso, no seu art. 15, § 3º, estabeleceu que é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Com efeito, o reajuste das mensalidades do plano de saúde deve ser realizado de forma eqüitativa entre os contraentes, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhecesse a abusividade do aumento da mensalidade por implemento de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, na forma implementada pela requerida.

Importante ressaltar que não se está vedando o aumento do preço, até porque é cediço que com o acréscimo do risco do negócio, haverá reflexos no valor da contraprestação pecuniária. Assim, o que se está a coibir, em verdade, é o aumento injustificado e desproporcional das parcelas avençadas, sem correspondência com cálculos atuariais, tendo o potencial de afastar o consumidor enquadrado nessa faixa de idade do sistema.

(...)

Desta forma, não restam dúvidas quanto à abusividade da cláusula contratual que determina o reajuste da prestação do plano de saúde em função do implemento deidade de 60 (sessenta) anos ou mais.

Vale ressaltar que o fato de o plano ser coletivo e não individual não afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tampouco do Estatuto do Idoso.

Portanto, deve a requerida manter o plano de saúde com os valores das mensalidade vigorantes antes do(s) aumento(s), acrescido apenas dos percentuais de reajustamento anual estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde - ANS, sempre ressalvada a abusividade.

DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Reconhecida a abusividade da cláusula contratual que determina o reajuste da prestação do plano de saúde em função do implemento de idade, devem ser restituídos todos os valores que foram exigidos com base na mencionada disposição contratual.

A devolução deve ocorrer de forma simples, porquanto a devolução em dobro depende de comprovação de má- fé da parte credora, consoante o que dispõe os artigos 940 do Código Civil e 42, parágrafo único,do Código de Defesa do Consumidor, o que efetivamente não ocorreu no caso em comento, visto que o próprio consumidor aderiu voluntariamente à ilegalidade dessas cláusulas.

(...)

Assim, a restituição da importância recebida indevidamente deve ocorrer de forma simples, sob pena de enriquecimento ilícito.

Sendo assim, não resta outro caminho a este juízo, que não seja o de acolher parcialmente as teses argüidas pela parte autora.

DISPOSITIVO.

Diante do exposto, e o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos constantes na inicial da AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO C/C NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C DEVOLUÇÃO DE VALOR INDEVIDAMENTE COBRADO, aforada pela ASSOCIAÇÃO DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS DE CAMPO GRANDE E DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL em desfavor de UNIMED CAMPO GRANDE/MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, ambos qualificados nos autos, para:

1) declarar ilegal a cláusula que prevê o reajuste das mensalidades do plano de saúde em questão, celebrado entre o SINDICATO RURAL DE CAMAPUÃ e a requerida UNIMED CAMPO GRANDE/MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, com base em mudança de faixa etária quando o consumidor atingir a idade de 60 anos ou mais, devendo a requerida manter o plano de saúde com os valores das mensalidade vigorantes antes do(s) aumento(s), acrescido apenas dos percentuais de reajustamento anual estabelecidos pela ANS; 2) condenar a requerida na restituição dos valores pagos a maior, de forma simples, dos beneficiários idosos que compõem e compuseram o quadro de beneficiários do plano em questão, celebrado entre o SINDICATO RURAL DE CAMAPUÃ e a requerida UNIMED CAMPO GRANDE/MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, corrigido pelo IGPM a partir do desembolso de cada parcela e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Atento ao princípio da sucumbência, condeno a parte requerida no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que, por apreciação eqüitativa, como manda o § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, e atento às diretrizes contidas no § 3º, alíneas "a" a "c", do mesmo dispositivo, fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Como corolário natural, declaro extinta a presente face processual, o que faço com fulcro no artigo 269, incisos I e II, do Código de Processo Civil (f. 645-658)." (Grifei).

A ora apelante insurge-se contra a supratranscrita sentença, alegando, em suma, que (i) o julgador não se pronunciou sobre a legislação trazida em contestação para fundamentar a sentença; (ii) o reajuste de valor por mudança de faixa etária é compatível com a legislação vigente; e (iii) para que a viabilidade

financeira das operadoras dos planos de saúde seja mantida, os beneficiários em idade mais avançada precisam pagar maiores mensalidades, em razão do maior índice estatístico de utilização dos serviços médicos oferecidos pela operadora.

O recurso não merece provimento

Por primeiro, afasto a alegação de que o julgador de piso não se pronunciou sobre a legislação trazida em contestação para fundamentar a sentença.

Isso porque, consoante entendimento jurisprudencial uníssono, não há falar em omissão ou falta de fundamentação da decisão que não tenha feito referência expressa a todos os dispositivos legais trazidos à lide, desde que tenha sido emitido juízo de valor acerca da matéria em dissídio, o que, a toda evidência, ocorreu no caso dos autos.

No mérito, a questão cinge-se à discussão da validade ou nulidade de cláusula contratual referente ao reajuste do plano de saúde dos beneficiários, quando estes completam 60 anos de idade, o que, segundo a parte autora, significa violação ao direito dos idosos e também do Código de Defesa do Consumidor, por desequilibrar a relação de consumo.

A análise do conteúdo probatório constante nos autos demonstra que a ora apelante vinha realizando reajustes discriminatórios para a faixa-etária de 60 a 69 anos e de 70 anos em diante, em razão de uma cláusula constante no contrato firmado entre a Unimed e o sindicato apelado.

No caso, o § 3º do art. 15 da Lei n. 10.741/2003 dispõe que:

É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

De uma simples leitura do preceito legal supramencionado, observa-se que o Estatuto do Idoso proíbe o reajuste de mensalidades de planos de saúde por mudança de faixa etária, como vinha fazendo equivocadamente o plano de saúde ora apelante.

Sobre o tema, eis o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. ANÁLISE DO MÉRITO DA DEMANDA EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE. RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA. DESCABIMENTO. SÚMULA N. 5/STJ.*
>
> *1. A jurisprudência do STJ considera abusiva cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência de mudança de faixa etária do segurado.*
>
> *2. Não há como verificar se as cláusulas contratuais foram redigidas de forma clara e de acordo com as resoluções aplicáveis, a teor da Súmula n. 5/STJ. 3. Agravo regimental desprovido."*[1]
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ALEGADA AUSÊNCIA*

1 AgRg no AREsp 202.013/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 26/03/2013.

DE REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. AUMENTO DE MENSALIDADE BASEADO EXCLUSIVAMENTE EM MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CDC E DO ESTATUTO DO IDOSO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.[2]

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM FUNÇÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. NULIDADE DE CLÁUSULA.

1.- É nula a cláusula de contrato de plano de saúde que prevê reajuste de mensalidade baseado exclusivamente na mudança de faixa etária, ainda que se trate de contrato firmado antes da vigência do Estatuto do Idoso, porquanto, sendo norma de ordem pública, tem ela aplicação imediata, não havendo que se falar em retroatividade da lei para afastar os reajustes ocorridos antes de sua vigência, e sim em vedação à discriminação em razão da idade.

2.- Ademais, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor permite reconhecer a abusividade da cláusula, por constituir obstáculo à continuidade da contratação pelo beneficiário, devendo a administradora do plano de saúde demonstrar a proporcionalidade entre a nova mensalidade e o potencial aumento de utilização dos serviços, ou seja, provar a ocorrência de desequilíbrio ao contrato de maneira a justificar o reajuste. 3.- Agravo Regimental improvido."[3]

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO EXCLUSIVA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCIDÊNCIA DO CDC E DO ESTATUTO DO IDOSO. ABUSIVIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. MULTA.

1. Quando o órgão julgador pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, ainda que sucintamente, não se configura negativa de prestação jurisdicional.

2. <u>O entendimento pacífico desta Corte, face a incidência das disposições do CDC e do Estatuto do Idoso, preconiza a abusividade, e conseqüente nulidade, de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.</u>

3. A mera reedição dos argumentos de recurso anterior, mesmo diante de expressa advertência no tocante à oposição de incidentes processuais infundados, torna evidente a manifesta improcedência do presente agravo, atraindo a incidência da multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC."

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.[4] *(Grifei).*

Diante disso, considerando que as mensalidades do plano de saúde dos beneficiários foram reajustadas exclusivamente em razão de os mesmos terem mudado de faixa etária, o que viola, como visto, o § 3º do art.

2 AgRg no AREsp 95.973/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 12/08/2013.

3 AgRg no REsp 1324344/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013.

4 STJ; AgRg no Ag nº 1391405/RS; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; 3ª Turma; j. 16/2/2012.

15 da Lei n.10.741/2003 (Estatuto do Idoso), mister reconhecer que agiu com acerto o magistrado de piso ao "declarar nula a cláusula que estabelece reajuste exclusivamente à vista do critério etário".

Nesse sentido, aliás, eis o parecer elaborado pela Procuradoria-Geral de Justiça, o qual adoto também como razão de decidir:

> *"(...) entende esta Procuradoria de Justiça serem indevidos os reajustes aplicados em razão da faixa etária dos usuários do plano de saúde em dissídio, apesar dos argumentos trazidos à lide pela Apelante tentarem justificar os mesmos, alegando, para tanto, o déficit financeiro da empresa no seu exercício de 2005 a 2007, assim como a legalidade do reajusta na medida em que fora pactuado contratualmente entre as partes, trazendo o disposto no inciso I do artigo 13 da Lei 9.656/98.*
>
> *A priori, deve-se destacar o entendimento de que são válidos, em casos excepcionais, os reajustes nas mensalidades em planos de saúde em razão da mudança de faixa etária, que se justifica em razão do aumento do risco subjetivo. Ocorre que o reajuste não pode ocorrer exclusivamente com base nesta mudança, além de que sejam obrigatoriamente observadas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito ao limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.*
>
> *O que não se mostra possível, de acordo com as regras do art. 15, § 3º, da Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e do art. 14 da Lei Federal nº 9.656/98, por afronta nitidamente ao princípio da isonomia, é que a Apelante, em flagrante abuso do exercício de direito e desvencilhada da boa-fé contratual, aumente sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados que constituam verdadeira barreira à permanência do idoso no plano de saúde. Procedendo de tal forma, a Apelante cria, em verdade, fator de discriminação do idoso, com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que, evidentemente, não pode ser tolerado.*
>
> *Ora, a abusividade de tais cláusulas é clara, visto que não estipulam expressamente e com clareza o percentual de reajuste incidente em cada faixa, impedindo que os consumidores saibam previamente, com a indispensável nitidez, quando da assinatura do contrato, a amplitude dos futuros e eventuais aumentos nos preços das mensalidades.*
>
> *Além disso, tais cláusulas permitem a variação do preço da mensalidade a critério exclusivo da empresa ora Apelante, pois somente a ela cabe definir a idade, bem como os valores da mensalidade em vigor quando da mudança de faixa etária do consumidor, aplicando percentuais que bem entende,tão elevados como os observados nos casos trazidos a título de exemplo (100%), onerando demasiadamente a prestação do consumidor e colocando-o em desvantagem excessiva, afetando o equilíbrio contratual.*
>
> *Assim, resta-nos clarividente que o reajuste aplicado é deveras abusivo, porquanto há reajuste de 100% sobre o valor das mensalidades, assim como não define detalhadamente os critérios na aplicação dos índices, percentuais, cálculos ou fórmulas do reajuste pela mera mudança da faixa etária do conveniado (f. 755-758)."* (Grifei).

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta 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. DECISÃO COM O PARECER.

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, MS, 01 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0138226-31.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIAS – LEGALIDADE DOS ATOS ATACADOS – SINDICÂNCIA N. 31/06 – NULA – PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE NÃO ASSEGUROU PLENAMENTE O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Em sede de processo administrativo disciplinar cabe ao julgador tão somente a aferição da legalidade e legitimidade do procedimento, sendo vedado ao judiciário adentrar no mérito da punição.

A vedação da análise do mérito refere-se aos critérios de oportunidade e conveniência, não sendo possível aferir sobre a existência ou não de causa legítima para a punição, bem como se esta foi aplicada com proporcionalidade ou razoabilidade. Assim, a intervenção judicial deve limitar-se à análise das formalidades legais e poderes da autoridade processante e julgadora.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 8 de outubro de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação anulatória movida por Cláudio Graziani Zotto em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Estado de Mato Grosso do Sul recorre, aduzindo, em síntese, que:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença, a qual declarou a nulidade de uma das sindicâncias instauradas contra o apelado, sob a argumentação de que "mesmo que a Sindicância tenha caráter preparatório (inquisitorial), ela não prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando for utilizada para servir de base à aplicação de sanção disciplinar" e, que "no caso dos autos, a instrução da sindicância administrativa instaurada em desfavor do autor deveria reger-se pelo princípio do contraditório, este último essencial à defesa" (f. 435).

> *"Consoante se observa, o apelado teve instaurado contra si 3 (três) sindicâncias (n. 47/05, 52/05 e 31/06), obtendo parcial provimento, quanto a declaração de nulidade da sindicância n. 31 (f. 435).*
>
> *A própria característica instrumental e preparatória da sindicância inibe a idéia de ocorrência de lesão ao apelado, com prejuízo para o mesmo (f. 438).*
>
> *Sendo assim, considerando que o apelado foi apenado com 2 dias de suspensão, é inconcebível a decretação de nulidade eis que a sanção é mínima e razoável, atendendo o binômio adequação meio-fim (proporcionalidade)."*

Requer, por fim "o provimento do recurso de apelação, cassando a sentença impugnada" (f. 442).

O apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 466-469).

Cláudio Graziani Zotto, por sua vez, insurge-se contra a sentença, alegando, em suma, que:

> *"(...) ao contrário do que aduz o julgador a quo*, as sindicâncias n. 47 e 52/05 não foram instauradas "por determinação de órgão ou chefia a que pertencer o funcionário, mediante ato próprio", como preceitua a legislação, mas por delegados de polícia estranhos ao DPC, que não detinham competência legal alguma para referido ato, tomando as apurações e as penas NULAS de pleno direito (f. 447).
>
> *Nada poderia ter sido praticado pela Corregedoria-Geral de Polícia, órgão juridicamente inexistente naquela época, cabendo ao Departamento de Polícia da Capital, em verdade, determinar a instauração das sindicâncias (f. 449).*
>
> *O apelante foi vítima de desacato, após a abordagem dos ocupantes do veículo Fiat/Stilo. Após a identificação, o apelante convidou-os para comparecerem ao 1º DP, o que foi recusado. O Boletim de Ocorrência de f. 35/36 demonstra, claramente, o desacato à autoridade policial, ato que ensejou a ação policial, totalmente fulcrada na praxe e nos regulamentos policiais, inexistindo a alegada falta disciplinar (f. 453).*
>
> *Equivocou-se o d. Juizo sentenciante ao dizer que não precisavam ser anuladas ou readequadas sanções disciplinares por estarem fixadas com razoabilidade (f. 453)."*

Por fim, requer "provimento do recurso, determinando a reforma da sentença, julgar procedente o pedido inicial, anulando-se as Sindicâncias e penalidades aplicadas, com a devolução dos valores pagos a título de multa (penas convertidas em multas), no que tange às Sindicâncias administrativas disciplinares 47/2005 e 52/2005, conforme as razões de fato e direito articuladas alhures" (f. 456).

O Estado de Mato Grosso do Sul, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (f. 471-485).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se de recurso de apelação cível interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação anulatória movida por Cláudio Graziani Zotto em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Verifico dos autos que o autor ora apelante ajuizou ação anulatória objetivando a declaração da nulidade das Sindicâncias n. 31/06, 47/05 e 52/05 instauradas em seu desfavor.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação apenas para anular a Sindicância n. 31/06, bem como a respectiva sanção aplicada ao autor.

O autor apelante insurge-se contra a sentença, alegando em suma que (I) as sindicâncias instauradas são nulas, porquanto iniciada por pessoa incompetente para esse mister; (II) não foram observadas as legislações pertinentes ao caso; e (III) as sanções aplicadas não foram motivadas.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, insurge-se contra a parte da sentença que anulou a sindicância n. 31/06, aduzindo que foi instaurada de forma legal e legítima, obedecendo aos postulados do devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e da razoabilidade.

O cerne da questão posta em apreciação, portanto, cinge-se em saber se há ou não ilegalidade nos atos administrativos que instauraram a sindicância impugnada.

Os recursos não merecem provimento

Anote-se, por primeiro, que, no caso em tela, por tratar-se de processos administrativos disciplinares, compete a este órgão julgador tão-somente a aferição da legalidade e legitimidade dos referidos procedimentos, sendo vedado ao Tribunal adentrar no mérito da punição aplicada.

A vedação da análise do mérito, como cediço, refere-se aos critérios de oportunidade e conveniência, não sendo possível aferir sobre a existência ou não de causa legítima para a punição, bem como se esta foi aplicada com respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, insista-se, a intervenção judicial deve limitar-se à análise das formalidades legais e poderes da autoridade processante e julgadora.

No caso dos autos, de plano, verifico que as Sindicâncias n. 47 e n. 52, de 2005, foram instauradas sem quaisquer vícios de competência e de legalidade.

A sentença ora combatida, portanto, deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos da mesma que servem para embasar a presente decisão:

> *"(...) Cláudio Graziani Zotto devidamente qualificado nos autos, propôs Ação Anulatória de Sanções Disciplinares em face de Estado de Mato Grosso do Sul visando a anulação de sanções que lhe foram impostas em sindicâncias administrativas, alegando que os procedimentos contêm nulidades insanáveis, além da inexistência de motivos.*
>
> *(...)*
>
> *Das Nulidades por vício de incompetência das autoridades administrativas que presidiram as sindicâncias, uma vez que designadas por Corregedor-Geral de Polícia.*
>
> *O autor alegou que nas sindicâncias 47 e 52/05, não se observou a legalidade quanto a sua instauração, porque as portarias das sindicâncias foram assinadas pelo representante da Corregedoria-Geral de Polícia, órgão juridicamente inexistente na época, só voltando a ter respaldo jurídico em 2005, com a LC 114/05, atual estatuto dos policiais civis.*
>
> *Então, as sindicâncias seriam nulas por vício de incompetência.*
>
> *O Estado se defendeu, alegando que a Polícia Civil se rege por leis estaduais, especificamente a Constituição estadual que cuida do tema nos artigos 43 a 45, que por sua vez estabelece que caberá à Lei Complementar dispor a respeito. Essa LC é a LC 38/09, que dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil.*

Com a criação da Corregedoria do Serviço Público (lei 2.157/00, art. 10 e art. 86), não se extinguiu a Corregedoria-Geral de Polícia Civil, porque esta está prevista na LC 38/89, já que esta constitui legislação especial para o Grupo Polícia Civil, e não poderia a Corregedoria ser dirigida por advogado indicado pela OAB e estranho ao Grupo de Polícia.

No Estatuto da Polícia Civil, os artigos 133, 134, 149, 167, prevêem essa Corregedoria Geral de Polícia ocupada por policiais. Ainda que revogada tal lei, sempre seria aplicável subsidiariamente a Lei 1102/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado. A Resolução SEJUSP 245/MS regulamentou provisoriamente as atividades dessa Corregedoria de Polícia atribuindo a delegados de polícia essa função. Sem tal regulamentação, que foi legal, competente e motivada, estaria prejudicado o interesse público, e impossibilitada a apuração de infrações dos integrantes da carreira policial.

É de salientar que a LC 38/89 não vigora mais, pois foi revogada pela Lei Complementar n. 114, de 19 de dezembro de 2005.

Porém temos que analisar essa legislação, pois era a vigente na época em que foram instauradas as sindicâncias noticiadas pelo autor.

O Estado sustenta que essa Resolução do SEJUSP 245/MS regulamentou provisoriamente as atividades dessa Corregedoria de Polícia atribuindo a delegados de polícia essa função, e que tal regulamentação, que foi legal, competente e motivada. Alegou, ainda, que a inexistência dessa Corregedoria é que traria prejuízo ao interesse público, já que ficaria impossibilitada a apuração de infrações dos integrantes da carreira policial.

Esta questão da legalidade da atuação da Corregedoria-Geral de Policia Civil tem de ser analisada a partir da apreciação da legalidade ou não da regulamentação da sua atuação por meio da Resolução n. 245, que regulamentou as atividades da Corregedoria-Geral de Polícia, colocando-a diretamente subordinada à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, e nomeando como Corregedor-Geral um delegado de polícia de classe especial. É certo que as Leis Ordinárias n. 2.152/2000 e 2.157/2000 operaram a criação da Corregedoria do Serviço Público, extinguindo todas as Corregedorias existentes e determinaram que a Corregedoria do Serviço Público fosse dirigida por um Advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil -Seccional de Mato Grosso do Sul.

Porém, ocorre que esta legislação não pode estender-se para pretender regular matéria pertinente a Polícia Civil.

(...)

Fica claro que cabe somente à Lei Complementar n. 38 de 12.1.89 regular o regime jurídico e a estrutura orgânica da Polícia Civil do Estado.

A razão de existência da lei complementar é que determinadas matérias de caráter infraconstitucional, não sejam alteradas através de um processo legislativo ordinário. Por isso as Leis ordinárias n. 2.152/2000 e 2.157/2000 não podem alcançar essa legislação, nem podem revogar os dispositivos de Lei Complementar n. 38 de 12.1.89. Por isso persistiram as diretrizes dessa LC, aplicáveis ao caso presente.

(...)

Aliás o TJMS já foi chamado a apreciar esta questão, e entendeu pela legalidade da Resolução e da atuação da Corregedoria-Geral de Polícia.

(...)

A questão analisada era exatamente esta: saber se uma resolução pode manter em funcionamento a Corregedoria-Geral de Polícia que havia sido extinta por lei.

Em 2001 foi expedida a Resolução n. 245, regulamentando as atividades da Corregedoria-Geral de Polícia, diretamente subordinada à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, tendo sido nomeado como Corregedor-Geral um delegado de polícia de classe especial. Diante disso, foi ajuizada a citada ação popular requerendo a nulidade da Resolução n. 245 e anulação de todos os atos praticados pelo Corregedor-Geral e pelos servidores lotados na Corregedoria, bem como a restituição aos cofres públicos de aproximadamente R$ 6.276.700,00, alegando-se a lesividade do ato impugnado, pois com a manutenção de um órgão que deveria ter sido extinto, ocorria o mau emprego de pessoal, material, equipamento e desperdício de verbas.

Na sentença, foi julgado improcedente o pedido por ausência de ilegalidade e lesividade no ato impugnado pelo autor. O recurso teve mesmo desfecho, entendendo o TJMS que o cargo de Corregedor-Geral de Polícia encontrava-se expressamente previsto nos vigentes artigos 133, 134, 135 e 149 da Lei Complementar nº38/89 (Lei Orgânica da Polícia Civil), o que afastou a ilegalidade do ato.

Neste processo, como naquele, conclui-se pela legalidade do órgão, criado pela Resolução SEJUSP n. 245/MS de 16/01/01, sendo legais os atos de nomeação decorrentes. É certo que a Lei n. 2.157/2000 extinguiu as corregedorias e criou uma Corregedoria do Serviço Público única, porém a criação da Corregedoria-Geral de Polícia está amparada na Lei Complementar Estadual n. 38/89, nos seus artigos 133 e outros, que prevêem expressamente a figura do Corregedor-Geral de Polícia. Ainda o Decreto nº 7.745, de 25/04/94, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Superior da Polícia Civil, indicou o Corregedor-Geral de Polícia Civil, como membro do referido Conselho.

A Lei n. 2.157/2000 extinguiu as corregedorias, mas não teve alcance de extinguir a função de Corregedor-Geral de Polícia, a qual está prevista na Lei Complementar Estadual acima citada. Lendo-se a Resolução SEJUSP n. 245/MS, constata-se que a matéria é regida por legislação específica e características próprias, não sendo adequada a legislação genérica para atingir a especificidade da carreira policial, que conta com legislação específica.

Do ponto de vista da motivação, a resolução mostra-se coerente e fundamentada, em se tratando de serviços de segurança, essenciais para garantia da ordem pública e da incolumidade das pessoas.

O Secretário de Estado de Justiça e Segurança era autoridade competente para editar a resolução (nos termos do artigo 12, inciso I, do Decreto n. 10.192, de 04 de janeiro de 2001, que o autoriza a instituir mecanismos visando solucionar problemas específicos.).

Quanto à alegação de nulidade das sindicâncias 47 e 52 de 2005, por terem sido instauradas por Delegados designados por portaria e não pela Diretora do Departamento de Polícia da Capital

O autor sustentou que a LC 38/89 prevê no art. 124 parágrafo único que a sindicância será instaurada por determinação de órgão ou chefia a que pertencer o funcionário; como o autor estava vinculado ao Departamento de Polícia da Capital, a sindicância só poderia ser instaurada pela Diretora do Departamento, e isso não foi feito, sendo instauradas sindicâncias por delegados que não tinham competência para tal.

Quanto às sindicâncias 47 e 52 de 2005, sustentou o Estado que elas tiveram regular instauração, por Delegados designados por portaria pelo Corregedor – Geral de Polícia (portarias de f. 33, 34, 165 e 166).

Assiste-lhe razão.

Não existe então vício de competência na instauração das sindicâncias 47 e 52 de 2005, pois tiveram regular instauração, por Delegados designados por portaria pelo Corregedor – Geral de Polícia (portarias de f. 33, 34, 165 e 166).

Nota-se pela portaria de f. 33 e ofício de f. 35 que foi ofício de Juiz da comarca de Rio Negro que encaminhou a notícia dos fatos ao senhor Corregedor-Geral de Polícia, que designou a autoridade processante.

Também a sindicância iniciada pela portaria de f. 165 foi instaurada por determinação do Corregedor – Geral de Polícia, que designou em Portaria (de f. 166) o Delegado competente para presidi-la, e isto ocorreu em resposta a uma representação extrajudicial apresentada por um advogado ao próprio Corregedor – Geral de Polícia (cf. Representação de f. F. 168-175).

Segundo o autor, e nos termos do art. 124 da LC 38, a sindicância deveria ser instaurada por determinação de órgão ou chefia a que ele pertencia, mediante ato próprio.

O artigo assim dispõe, e assinala no seu 'caput' que ela será realizada por funcionário ou comissão, constituída por membros de condição hierárquica nunca inferior à do sindicado.

Estes dispositivos porém não impedem a designação de Delegados pelo Corregedor da Polícia, sobretudo se cotejados com outros dispositivos da Lei Complementar n. 38/89, Estatuto da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, que disciplina que:

Art. 133. São competentes para determinar a instauração de processo administrativo, o Governador e o Secretário de Segurança Pública, podendo ser proposto pelo Diretor-Geral da Polícia Civil ou pelo Corregedor-Geral de Polícia.

Neste dispositivo se elencam autoridades competentes para determinar a instauração de processo administrativo (o Governador e o Secretário de Segurança), facultando essa instauração também ao Diretor-Geral da Polícia Civil e ao Corregedor-Geral de Polícia. A expressão 'podendo' enseja uma faculdade.

Se isso vale para o processo administrativo, com maioria de razão valerá para uma sindicância, prévia ou não ao processo administrativo.

À vista do artigo 124 da Lei Complementar n. 38 de 12.01.89 "a sindicância como meio sumário de verificação será realizada por funcionário ou comissão, constituída por membros de condição hierárquica nunca inferior à do sindicado". E o parágrafo único prescreve que "a sindicância será instaurada por determinação de órgão ou chefia a que pertencer o funcionário, mediante ato próprio".

É razoável entender-se que isso visa atender a situações que normalmente ocorrem quando o superior hierárquico do servidor, ao verificar uma atuação dele que seja infração, toma essa providência de apurar os fatos, e isso naturalmente deve ocorrer mais frequentemente com a chefia imediata do servidor.

Porém só por si isso não deve excluir a competência do Corregedor, ou pessoa por ele designada, tanto mais se, como no caso, a notícia das supostas infrações foi

direcionada a ele, e a ele se reportaram os reclamantes, pedindo providências legais, como acima relatado.

O contexto permite concluir que não houve uma atuação extraordinária que induzisse qualquer especial motivação pessoal do Corregedor, quando determinou a apuração dos fatos, até porque não o fez pessoalmente, mas designou delegados para realizarem as sindicâncias.

Se o próprio Corregedor da Polícia designa a autoridade processante, e não tem esta autoridade condição hierárquica inferior à do sindicado, sendo sem dúvida autoridade que compõe o conceito abrangente de "órgão ou chefia a que pertencer o funcionário", não se vê motivo de nulidade, pois não se ofendeu nenhum dos dispositivos citados. O autor, por outro lado, não justifica que a designação de um ou outro delegado por ato do Corregedor lhe tenha sido prejudicial de algum modo.

A competência legal para a instauração da Sindicância Administrativa Disciplinar pelo Corregedor-Geral da Polícia Civil ou por delegado designado por ele tem assim amparo legal.

(...)

Sobre a alegação de que não havia motivos nem provas das acusações

Disse o autor que:

A) Quanto à sindicância 47/05/CGJ/SEJUSP, não havia motivos para a sanção, pois o autor apenas deteve pessoas para lavratura de TCO ou BO por crime de menor potencial ofensivo, e não praticou qualquer agressão contra elas.

B) Quanto à sindicância 52/05, não havia motivos nem provas, pois o autor apenas perseguiu veículo de um advogado que estava causando desordem no trânsito e não acatou ordem de parar, ofendendo o autor e desacatando-o.

C) Quanto à sindicância 31/06/DPC, ela não tem motivos nem provas. O autor foi acusado de residir fora da cidade em que estava lotado, porém ele pedia autorização da chefia imediata quando se deslocava para Campo Grande nos finais de semana e ficava à disposição de qualquer emergência.

Este aspecto, como acima exposto, é impossível de ser analisado pelo Poder Judiciário, que não pode reanalisar provas nem entrar na apreciação e ponderação de motivações, a não ser que elas se mostrassem claramente pessoais, o que não é o caso, nem foi alegado pelo autor.

(...)

Os tribunais costumam fazer uma análise da prova produzida nos processos administrativos apenas para se certificarem se foram obedecidas todas as formalidades e garantias legais, se foi ou não ofendido o princípio da legalidade e verificam ainda a não existência ou existência de evidentes excessos punitivos, porém não avançam para uma detalhada apreciação da punição, para não incorrerem no perigo de invasão na esfera disciplinar administrativa que possa constituir em substituição plena aos poderes disciplinares do ente público.

Não há assim como analisar as provas para concluir no sentido pretendido pelo autor, quanto à inexistência de infrações que justificassem as sanções aplicadas.

Da alegada ofensa ao Princípio da Proporcionalidade na imposição de sanções excessivas

Disse o autor que as sanções não foram compatíveis com as condutas, havendo punição exagerada.

Há necessidade da proporcionalidade da sanção, mas do relato dos fatos dados como provados conclui-se justificada a fundamentação para o enquadramento do autor em tais incisos, e aplicação das sanções da forma como ocorreu.

Foram citadas com detalhes as provas colhidas, que demonstrariam a prática de condutas ilícitas do autor, no relatório foram analisadas as provas colhidas, seu teor e como foram aferidas como elementos de convicção de que o autor teve condutas inadequadas e descumpridoras de deveres funcionais.

Não se evidencia que tenha sido equivocada ou distorcida a aferição das provas no sentido de concluir pela desproporção das sanções com relação às condutas, pois do cotejo das peças dos autos e dos relatos já citados acima conclui-se pela proporcionalidade das sanções, aliás brandas.

Ao final, as decisões julgaram que o autor teria cometido essas infrações e como tal lhe foram aplicadas penas disciplinares que não se afastaram da previsão para tipificação de infrações como as que foram apuradas.

Verificou-se pertinência entre as condutas relatadas e a previsão legal de condutas proibidas pela Lei Complementar 38/89, de molde a impor ao autor essas sanções.

A questão da apreciação da prova produzida no processo administrativo a priori e por regra fica vedada, pois não cabe qualquer interferência deste Juízo nesse ponto, salvo se ressaltasse de forma flagrante a incoerência da sanção e sua não correspondência com os fatos dados como provados, ou seu excesso.

O autor pediu a anulação dos procedimentos e das sanções, e só em alternativa arguiu a tese da redução das penalidades impostas, alegando que as sanções não foram razoáveis. Requereu assim, ou a anulação das sanções ou pelo menos a modificação - redução das sanções administrativas, para obedecer ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, reputando exageradas as que foram aplicadas.

Mas só se pode autorizar a redução da sanção, se ela for flagrantemente desproporcional, e isto é difícil de aferir, pois geralmente envolve interferência vedada em área discricionária de mensuração da gravidade das condutas funcionais.

No caso do autor, entende-se que as sanções não ultrapassaram esses limites da proporcionalidade, como se expõe em seguida, As sanções administrativas estão tipificadas na legislação (LC 38/89) do seguinte modo:

Art. 110. São penas disciplinares:

I - repreensão;

II - suspensão;

III - multa;

IV - demissão;

V - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

(...)

É sabido que as sanções administrativas costumam e devem ser aplicadas em ordem de graduação, conforme a gravidade da infração. Isto porém não significa que não possa ser a suspensão ou demissão a primeira e única sanção aplicada, se a gravidade da infração assim o permitir e exigir. O que se exige é a pertinência entre a gravidade da conduta e da sanção disciplinar. No caso presente, essa pertinência ficou bem demonstrada.

(...)

As condutas justificam as sanções aplicadas, como bem ponderou o Estado em sua defesa a f. 380-381, fazendo detalhada análise de cada conduta do autor tipificada e cada sanção aplicada correspondente.

Ambas as sanções consideradas válidas (exceto a da sindicância 31/06) resultaram de condutas em que o autor expôs a imagem de sua instituição de forma negativa, em conduta desproporcional à situação concreta, inclusive exibindo arma a cidadãos, de forma desnecessária e em situações corriqueiras do dia a dia que não se apresentavam como situações extremas ou de risco que demandassem tal uso.

Como analisado nas sindicâncias e com apoio nas provas testemunhais, foi possível verificar que sua conduta extrapolou os limites da conduta razoável e necessária perante o contexto fático, gerando instabilidade, desassossego e intimidação não fundamentada a cidadãos comuns, sendo que nos dois contextos fáticos estas pessoas nem sequer sabiam previamente que o autor estava investido de poderes de autoridade policial.

No segundo fato, que gerou a sindicância 120/06, o Corregedor- Geral da Polícia Civil considerou, ao aplicar a sanção, que o delegado sindicado era reincidente em fatos deste tipo, porque já havia sido punido em sindicância anterior (n. 52/06), além de ter uma outra sanção na sindicância 31/06.

O fato de o autor ter várias sindicâncias contra ele instauradas, com resultado de procedência, foi apresentado como justificadora de que a sanção não lhe fosse aplicada em grau mínimo.

Não se pode concluir, então, que as sanções sejam exacerbadas, ou ofendam o Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade.

Mesmo com as limitações expostos logo no começo da fundamentação da sentença, que impedem o Poder Judiciário de invadir uma zona de relativa discricionariedade do ato administrativo, desde que este obedeça a parâmetros mínimos de legalidade, não se afigura que as sanções aplicadas tivessem sido excessivas ou desarrazoadas, para o tipo de conduta.

Sem pretender entrar no mérito da escolha da sanção adequada dentre as possíveis, cabe salientar que ela não contém desarrazoabilidade evidente, que possa justificar sua anulação ou invalidação, ou mesmo seu abrandamento. A única exceção é a da sindicância 31/06, como antes exposto. (...) (f. 412-426).” (Grifei).

Pois bem. Entendo que, da mesma forma, deve ser mantida a sentença naquilo que diz respeito à anulação da Sindicância de n. 31/06, isto porque restou, de fato, demonstrado nos autos que a referida sindicância não obedeceu aos preceitos legais do contraditório e ampla defesa, como, aliás, foi observado pelo magistrado singular. Veja-se:

“(...) Disse o autor que não se obedeceu ao princípio de que a defesa deve ser garantida desde o início da sindicância, alega que foram ouvidas testemunhas sem

participação ou comunicação prévia ao autor, o autor não pôde acompanhar sua oitiva, ele foi ouvido sem oportunidade de ser acompanhado por advogado. Enfim, a Defesa só foi assegurada depois de colhidas as provas documentais e testemunhais, contrariando a súmula 233 do STJ que indica ser obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. E ainda foi indeferida a oitiva da chefe imediata do autor, reforçando o cerceamento de defesa.

(...)

Desde a instauração até a conclusão do processo administrativo, o servidor deve ter acesso ao procedimento, saber os fatos e motivos determinantes da instauração, ter oportunidade de defesa. E ao final deve vir a decisão devidamente motivada.

Cabe então analisar se tudo isso foi cumprido na sindicância citada pelo autor. O réu defendeu-se alegando que foram observados na sindicância 31/06 a ampla defesa e o contraditório, seguindo os dispositivos da LCE 114/05, especialmente a partir dos artigos 180.

(...)

Realmente a sindicância era prévia e depois de apurados os fatos a sindicância passou a descrever a conduta imputada e correlação com dispositivos legais das Leis Complementares violados, com determinação de obediência a prazos de defesa e produção de provas, como se vê do documento de f. 311. A sindicância assim apontou os fatos, a conduta punível e a sua tipificação legal e as provas de sua prática, e havia correspondência da conduta com a sanção aplicada.

Note-se que mesmo já no início da sindicância prévia, o autor foi notificado para prestar declarações (cf. F. 282), prestou declarações (cf. F. 287), foi informado da data de oitiva das testemunhas (cf. F. 230). E depois, quando da conversão da apuração em verdadeira sindicância punitiva, ficou expresso no despacho a tipificação legal imputada a sua conduta e foi determinado que ele fosse intimado para apresentar defesa escrita (cf. Despacho de f. 311), o que ele fez, por advogado (cf. F. 316-319).

Então, concluída a produção de provas, o Delegado de Polícia, presidente da Sindicância, Dr. Marcos Betoni entendeu por bem determinar a sindicação do Delegado autor, notificando-o para apresentação de defesa prévia. Após a apresentação das defesas escritas foi formulado o relatório (f. 330-335) onde concluiu que o sindicado infringiu dever funcional de conformidade com os dispositivos legais da LC 38/89 e LC 114/05, e sugeriu aplicação de punição do autor com 02 (dois) dias de suspensão, convertidos em multa.

Ora, mesmo que a sindicância siga um rito peculiar, cujo escopo é a investigação das pretensas irregularidades funcionais cometidas, sendo desnecessária a observância de alguns princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar, mesmo assim, se ela redundar em procedimento destinado a servir de base à aplicação de sanção, como na hipótese dos autos, deve-se observar os pressupostos do devido processo legal, concedendo-se ao sindicado a ampla defesa.

(...)

No caso dos autos, a instrução da Sindicância Administrativa instaurada em desfavor do autor deveria reger-se pelos princípios do contraditório, este último essencial à ampla defesa. A autoridade sindicante toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgue necessárias a essa finalidade, mas deve dar ao servidor oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor.

(...)

No caso em tela, a análise dos documentos acostados aos autos nos revela que, apesar de o autor ter sido ouvido pelo presidente da sindicância e posteriormente notificado para apresentar defesa escrita após toda a atividade instrutória, houve falha na observância plena do contraditório.

Com efeito, assiste razão ao autor quando reclamou de ter sido indeferida a oitiva da sua chefe imediata, caracterizando o cerceamento de defesa. Com efeito, vê-se que o autor fez o pedido para ouvir duas testemunhas Delegadas de Polícia, Maria Rita e Maria de Fátima (cf. F. 316-318), pedido que foi em parte deferido, apenas quanto a uma das testemunhas (cf. despacho no alto da petição).

*Quanto à outra testemunha, foi indeferida sua oitiva com o fundamento de que o que se queria apurar era se o autor residia ou não na cidade onde exercia função, e "**isto quem devia informar era o sindicado"*** (cf. F. 322). Ora, não tem lógica o argumento, pois, em assim sendo, então teria de servir também para indeferir a oitiva da outra testemunha e de todas as outras que foram ouvidas na sindicância. A motivação desse indeferimento não apresenta razoabilidade.

*Por outro lado, o indeferimento dessa oitiva em tese era capaz de causar prejuízo à defesa, pois nela o autor argumentava que " **quando de seus deslocamentos até a Capital deste Estado, havia o consentimento de sua diretora***". Inclusive quando ouvido em declarações (f. 314-315) ele declarou que a Diretora Maria Rita ***"disse que não haveria nenhum problema no fato de o declarante vir a Campo Grande jogar bola e confraternizar-se com os colegas, bem assim a sua vinda nos finais de semana para frequentar o curso de pós-graduação e também para passar o dia com sua esposa que reside ainda durante a semana no Estado de São Paulo***".

Ora, justamente a prova desse fato ficou prejudicada com o indeferimento da oitiva da diretora citada.

E além do mais essa oportunidade de ouvir essa testemunha ficou vedada, pois no mesmo despacho de indeferimento dessa prova (f. 322), foi determinado que o sindicado apresentasse defesa escrita (alegações finais). Então, ficou ali truncada a possibilidade de o autor produzir qualquer outra prova, pois o procedimento caminhou imediatamente para o seu desfecho, quando se determinou nesse despacho de f. 322, que apresentasse as alegações finais.

(...)

E no caso presente afigura-se que a sindicância não obedeceu perfeita regularidade, com possível prejuízo ao autor, como de fato demonstrado, pois lhe foi aplicada sanção.

O Judiciário deve se abster de analisar a injustiça da sanção ou o mérito da decisão, devendo a análise judicial restringir-se à legalidade do ato, à regularidade ou não do processo administrativo, e neste ponto entende-se que assiste razão ao autor, quando a esta sanção aplicada em consequência da sindicância 31/06.

(...)." (f. 418-422).

Destarte, como afirmado, não merece censura a sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação, devendo a mesma, portanto, ser mantida integralmente pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos interpostos pelas partes, mantendo a sentença hostilizada.

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. 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, MS, 08 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000815-37.2008.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – POSSE JUSTA – COMODATO TÁCITO OU CESSÃO DE USO – ESBULHO NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

Exercendo o apelado posse justa sobre o imóvel, a qual decorre de comodato tácito ou permissão de uso, não há falar em esbulho possessório a autorizar a reintegração de posse, se não notificado para desocupação. A citação não supre a notificação em ações que se fundam na mora do réu, como na hipótese.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, MS, 29 de agosto de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

A CESP – Companhia Energética de São Paulo - apela da sentença proferida nos autos da Ação de Reintegração de Posse que move em face de Amarildo Mário Martins. Alega, em síntese, que a área ocupada pelo requerido é considerada faixa de segurança e nela nada pode ser construído; que a apelante é concessionária de serviço público de geração de energia e tem o dever de conservação do entorno do reservatório artificial da usina hidroelétrica e possui legitimidade para propor a presente demanda; que é legítima possuidora da área; que o apelado foi notificado das irregularidades descritas na RIAP/OOI n. 6715/2/2006; que o apelado continuou na posse após a notificação tornando-a violenta e clandestina; que então resta caracterizado o esbulho. Assinala que a despeito da falta de notificação expressa para retomada do bem, dando conta do esbulho possessório, a própria demanda reintegratória estampa a pretensão de retomada do bem, onde a citação faz às vezes da interpelação constitutiva da mora. Conclui que provada a posse da apelante e o esbulho deve ser julgado procedente o pedido de reintegração. Prequestiona dispositivos legais e pugna pelo provimento.

O apelado apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

A CESP - Companhia Energética de São Paulo - pretende a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido feito na Ação de Reintegração de Posse ajuizada em face de Amarildo Mário Martins.

Tratando de ação de reintegração de posse, incumbe ao autor provar a sua *posse*, o *esbulho* praticado pelo requerido, a *data do esbulho* e a *perda da posse* (art. 927 do CPC).

Observo que no presente caso o apelado estava na posse da área descrita na inicial e objeto do pedido nela apresentado com o conhecimento e permissão da ora apelante (CESP), proprietária do bem, após processo regular de desapropriação.

Resta inequívoco, através dos documentos juntados com a inicial que a CESP realizou inspeção no imóvel no ano de 2006 e notificou o apelado das irregularidades encontradas (f. 41/44). Contudo, após referida notificação não há notícias de que o apelado não tenha sanado as irregularidades apontadas e que por esta ou que por qualquer outra razão a apelante o tenha notificado a desocupar o imóvel.

Deste modo, os apelados ocupa o imóvel com a anuência da apelante, que estabelecendo condições permitiu sua permanência. Assim, chego à conclusão que no caso, com tal postura da apelante, passou a existir de fato um comodato firmado entre as partes de forma tácita, ou cessão de uso.

E, se o bem foi entregue em comodato ou cessão de uso, a posse do apelado é justa e de boa-fé, pois, como visto, inexiste nos autos qualquer prova de que em momento posterior a Cesp, principalmente após a realização de nova inspeção, tenha tentado novo contato ou notificado o apelado de que não concordaria mais com a ocupação da área em questão por ele, já que as condições não teriam sido cumpridas, e, consequentemente, solicitado sua restituição, após determinado prazo (constituição em mora), fato que afasta, a meu juízo, a existência do alegado esbulho, requisito indispensável à proteção possessória pretendida.

Nessas condições, mantida a coisa como possuidores diretos, somente se houver recusa na restituição do bem, após a devida notificação fixando prazo, e a não restituição nesse prazo concedido, é que ocorrerá mudança na causa de sua posse, tornando-se eles *possuidores precário*s. A posse precária, portanto, é aquela que decorre do abuso de confiança, de mudança arbitrária e ilícita na *causa possessionis*, convolando-se a posse justa em posse injusta, viciosa, em razão da recusa na restituição, a que se obrigara o possuidor.

Contudo, como o apelado ignorava o vício da sua posse, mantendo-se no lote inclusive com a anuência expressa da apelante, sua posse e as benfeitorias nela construídas continuam sendo de boa-fé, nos termos do disposto no art. 1.201, *caput*, do Código Civil, que reza:

"*É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa*".

Feitas essas considerações, não se pode deferir à apelante a reintegração na posse do bem, pois, como já dito, uma vez que não houve prévia recusa do possuidor em restituir a coisa, não restou configurado o esbulho possessório, afastando a incidência da regra do art. 1.210 do Código Civil: *"O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado",* bem como dos artigos 926 e 927, II, do CPC.

Por fim, devo ressalvar que a citação não substitui a notificação prévia do apelado para sua constituição em mora, como defende a apelante. A citação constitui em mora o devedor apenas nos casos em que a ação

não se funda na mora do réu, sendo assim na reintegração de posse de coisa dada em comodato ou cessão de uso é imprescindível a interpelação/notificação antes do ajuizamento.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE LEASING. CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INTERPELAÇÃO PRÉVIA AO DEVEDOR. NECESSIDADE. CONSTITUIÇÃO EM MORA. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ART. 267, CPC. RECURSO PROVIDO. I - A ausência da interpelação prévia ao devedor, para a sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (leasing), enseja a impossibilidade jurídica do pedido de reintegração na posse do bem. II -* ***A citação inicial somente se presta a constituir em mora o devedor nos casos em que a ação não se funda na mora do réu. Fora dessa hipótese, impõe-se a interpelação/notificação antes do ajuizamento."*** (REsp. n. 261.903/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22.08.2000, DJ 25.09.2000, p. 112).

Pelo exposto, contra o parecer, conheço e nego provimento ao recurso interposto, mantendo incólume a sentença em todos seus termos e efeitos.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Revisor).

Divirjo do voto da lavra do eminente relator, pois, reputo estarem presentes os requisitos legais autorizadores da reintegração na posse.

Observa-se pelas provas carreadas aos autos que a apelada detém a posse indireta da área objeto do litígio e que vem sendo esbulhada por parte dos apelantes, que ocupam 602,00 m2 da área indevidamente, desde 01.09.2002.

Portanto, enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho, que apenas se configura a partir do momento em que é suprimida a permissão ou tolerância, como ocorrido no presente caso, em que os apelados foram notificados para que desocupassem a referida área.

O Exmo Sr. Des. Dorival Renato Pavan, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2009.031478-6/000-00, assim se manifestou acerca da questão:

> *"Vale dizer, ainda, que embora a apelante tenha de certa forma se omitido e, com isso, tolerado a ocupação indevida da área, não se legitima a posse de bem público com o passar do tempo, de maneira que o requerimento adequado pelo proprietário deve ser observado.*

Tanto é assim que o ilustre jurista Silvio de Salvo Venosa (Direito Civil: direitos reais – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007 – Coleção direito civil – v.5) ensina:

> *"Enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho. Suprimida a permissão ou tolerância, abre-se a ensancha à defesa da turbação, que então passa a existir. (...) Quem permite ou tolera a apreensão da coisa não renuncia a sua posse. Suponhamos a hipótese do proprietário que permite que terceiro transite por seu terreno; ou o possuidor de um livro que autoriza alguém a lê-lo. Tais atos, por si sós, não devem induzir posse, porque até mesmo a posse precária deve decorrer da vontade do agente.*
>
> *A mera permissão ou tolerância não podem converter-se em posse."*

Por outro lado, é preciso considerar que os dados técnicos também demonstram o esbulho praticado.

Os apelantes ocupam área que, comprovadamente pertence à borda de segurança do reservatório, posto que as edificações se encontram dentro da cota de segurança.

Segundo o Relatório de Inspeção Ambiental e Patrimonial as benfeitorias encontram-se na área da borda livre e na faixa de segurança, e, portanto, pertencente à apelante.

Nesse sentido vem se posicionando este tribunal em casos análogos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA C/C PERDAS E DANOS C/C COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – POSSE DA ÁREA PELA CESP – DEMONSTRADA – ESBULHO PRATICADO QUE SEQUER FORA CONTRADITADO EM SEDE RECURSAL – REINTEGRAÇÃO – MEDIDA QUE SE IMPÕE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Restando satisfatoriamente demonstrados a posse exercida pela autora e o esbulho praticado pelo requerido, que sequer fora contraditado em sede recursal, não pairam dúvidas quanto a necessidade de que seja determinada a reintegração almejada na peça exordial".* (Apelação Cível n. 2009.022952-8/0000-00 - Três Lagoas, Relator Des. Rêmolo Letteriello, Quarta Turma Cível, julgado em 8.9.2009).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR C/C PEDIDOS DE DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES, PERDAS E DANOS E COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL –POSSE – ESBULHO – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – RECURSO NÃO-PROVIDO.*
>
> *Ainda que a aplicabilidade dos efeitos da revelia seja relativa, daí não se segue que o instituto do artigo 319 do diploma processual civil não deva ser utilizado pelo magistrado, inclusive por meio do julgamento antecipado da lide. Deve ser julgado procedente o pedido formulado em ação de reintegração de posse se comprovados os requisitos colacionados na norma do artigo 927 do Código de Processo Civil".* (Apelação Cível n. 2008.035303-9/0000-00 - Três Lagoas, Relator Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 26.2.2009, Quarta Turma Cível).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – ÁREA DESTINADA À CONSTRUÇÃO DA HIDRELÉTRICA DE PORTO PRIMAVERA – RECURSO IMPROVIDO. Não ocorre o cerceamento de defesa quando os elementos probatórios encartados aos autos ao tempo da prolação da sentença já autorizavam um juízo de mérito acerca da demanda possessória.*
>
> *Não há necessidade de prova testemunhal quando os próprios réus apelantes confessam ter plena ciência de que a área ocupada destinava-se à construção da Usina Elétrica de Porto Primavera, inferindo-se, daí, a posse precária, sem animus domini, por eles exercida.*
>
> *Tratando-se de ocupação de áreas públicas sem a devida autorização, não há direito à permanência, configurado o esbulho pela não-devolução da área ocupada após a devida notificação".* (Apelação Cível n. 2003.013170-1/0000-00 – Brasilândia, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 25.10.2004, Terceira Turma Cível).

Por outro lado, os precedentes abaixo colacionados indicam que o Superior Tribunal de Justiça adota idêntica orientação:

> *"Tratando-se de ocupação de área públicas sem a devida autorização, afastada pelo exame da prova dos autos as alegações do réu, não há direito à permanência, configurado o esbulho pela não devolução das áreas ocupadas após a devida notificação"* (conforme Recurso Especial n. 341.395-DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 18.6.2002, DJU de 9.9.2002).
>
> *"Consoante demonstram os autos, a área em disputa foi objeto de desapropriação amigável realizada pela recorrida com a ex-proprietária, quem seja, a empresa Cisalpina Agrícola S.A., conforme escritura pública que se encontra às f. 14-27, decorrente de autorização contida em decreto expropriatório objetivando a construção da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera (conhecida como Engenheiro Sérgio Mota). Não vislumbro, nesse contexto, o alardeado cerceamento de defesa.".*

Vale considerar, no entanto, que a apelante não demonstrou a situação anterior da área nem os danos efetivamente produzidos e que não se pode dizer que tenham os apelados agido de má-fé, de forma que não há que se falar em indenização por perdas e danos em favor da apelante.

Por fim, tendo em vista o objeto da pretensão ora em análise, vale frisar que o conhecimento da questão ambiental – para fins de indenização e determinação da recuperação ambiental - que envolve o presente caso não compete a este juízo.

Na mesma esteira, é irrelevante se discutir se a área em litígio constitui ou não área de preservação permanente, devendo tal matéria ser tratada em outro âmbito.

Aqui, basta a constatação de que houve a desapropriação e que esta incidiu sobre a parcela do imóvel ocupado pelos apelados, que se recusam injustificadamente a desocupar a área da qual tinham simples detenção, convolando-se o esbulho, pós-notificação, que dá ensejo à pretensão reintegratória.

Não obstante a natureza do presente feito, é induvidoso que a pretensão reintegratória tem por objetivo o cumprimento de obrigações a que a autora está subordinada, enquanto poder desapropriante, adotando medidas necessárias tendentes a evitar a degradação ambiental, que fatalmente irá ocorrer caso permita-se a ocupação de forma desordenada da margem do lago que forma a usina, com frustração dos fins da própria desapropriação e, mais do que isto, com possibilidade de tal desocupação desordenada ser causa de grave dano ecológico, que fatalmente ocorre em casos tais, onde prevalece a sanha desordenada e desenfreada da atividade comercial e exploradora do homem, sem comedimentos, em detrimento do meio ambiente.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença proferida e julgar procedente, em parte, o pedido formulado na inicial, a fim de reintegrar a autora na posse da área descrita na inicial.

Certificado o trânsito em julgado, expeça-se mandado de reintegração da apelante na posse do imóvel.

Fixo multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao período máximo de quinze dias, caso venha a ocorrer nova turbação ou esbulho.

Inverto os ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, MS, 29 de agosto de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0080600-93.2003.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS – OFENSA À COISA JULGADA – PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES VENTILADAS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

1. Verificada a identidade entre os elementos de uma ação com outra (mesmas partes, causa de pedir e pedido), com sentença de mérito já transitada em julgado, impõe-se o reconhecimento da ofensa à coisa julgada e a extinção do processo, sem exame de mérito. 2. Em razão desse desiderato, reputam-se prejudicadas as matérias ventiladas no mérito do apelo, pelo que delas não se conhece.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 24 de outubro de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Município de Campo Grande interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da Ação de Execução Fiscal que move contra Central Car Prestação de Serviços Ltda., acolhendo exceção de pré-executividade e julgando extinto o processo. Sustenta que a atividade desenvolvida pela apelada (locação de veículos) amolda-se ao conceito de serviços, previsto na legislação tributária (Lei Complementar n. 116/03), passível, portanto, da incidência do ISSQN, conforme já decidiu esta Corte. Destaca a necessidade de produção de provas, pois se a apelada utiliza-se de motorista, o caso é de prestação de serviços, fato sujeito à incidência do imposto. Pontua, em contrapartida, que a CDA goza de presunção de certeza e liquidez. Pugna pelo provimento para improcedência do pedido inicial.

Em contrarrazões, destaca a apelada a existência de decisão judicial transitada em julgado, reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência do ISSQN sobre locação de bens móveis. Requer seja julgado improvido o recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Discute-se na lide a legalidade da exação (ISSQN) objeto de execução movida pelo Município de Campo Grande contra Central Car Prestação de Serviços Ltda. Entendeu o Juízo da causa pela ilegalidade da exação, razão pela qual acolheu os pedidos formulados na exceção e julgou extinto o processo materializador da execução fiscal. Inconformado, recorre o fisco municipal sustentando que não seria possível a discussão do tema em exceção de pré-executividade, dada a necessidade de dilação probatória, e que seria lícita a exação.

A sentença deve ser mantida, ainda, que por outros fundamentos.

Embora tenha suscitado na exceção de pré-executividade ofensa à coisa julgada, tendo em vista que a mesma questão objeto da lide já foi objeto de decisão judicial (Apelação n. 2004.007204-0 – f. 46-52), o Juízo da causa silenciou-se a respeito.

A questão, entretanto, foi novamente agitada em contrarrazões de apelação.

Preliminar de ofensa à coisa julgada

Compulsando detidamente o caderno processual é possível verificar que questão alusiva à incidência do ISSQN sobre as atividades desempenhadas pela apelada já foi objeto do mandado de segurança impetrado pela ora recorrida contra o Município de Campo Grande, da qual se extraiu a apelação n. 2004.007204-0 (f. 46-52), com decisão transitada em julgado, oportunidade em que se decidiu pela não incidência do imposto.

Caracteriza-se a coisa julgada quando houver identidade nos elementos da ação, quais sejam, partes, causa de pedir e pedido, consoante firmes precedentes jurisprudenciais:

> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXISTÊNCIA DE ABSOLVIÇÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA - FALTA DE IDENTIDADE DE PEDIDO E DE CAUSA DE PEDIR - NÃO-OCORRÊNCIA - PRECEDENTES. 1. Para ocorrência da coisa julgada, é necessária a conjugação de três elementos: partes idênticas, mesma causa de pedir e mesmo pedido."* (AgRg. no Ag. 495344/SP, Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª TURMA, DJe 06.11.2008).

De sorte que uma vez verificada a identidade entre os elementos da ação, a extinção do processo é medida que se impõe. É o caso dos autos, onde pretende o Fisco, ora apelante, a satisfação de crédito tributário decorrente de ISSQN, relação jurídica tributária já rechaçada nos autos do mandado de segurança mencionado.

Destaque-se, por oportuno, que uma vez passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (art. 474 do CPC).

Em razão desse desiderato, reputo prejudicado o exame das questões de mérito, aventadas no apelo, pelo que delas não conheço.

Posto isso, conheço em parte do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo a sentença, ainda que por outros fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E NEGARAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 24 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0820416-26.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADO – PLANTAÇÃO DE CANA-DE-AÇÚCAR - ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS – TEORIA DA IMPREVISÃO REJEITADA – MULTA DE 10% EXPRESSAMENTE CONTRATADA – REDUÇÃO INDEFERIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM AÇÃO EXECUTIVA – BASE DE CÁLCULO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há se falar em cerceamento de defesa quando constatado que ainda que fossem produzidas prova oral não se alteraria os fundamentos da sentença.

2. Em se tratando de atividade de plantação de cana-de-açúcar, as alterações do clima por si só não constituem fato imprevisível, principalmente quando a região de plantio é conhecida por apresentar, em alguns períodos, forte onda de frio (geada) e chuvas em excesso.

3. Verificando-se que a multa de 10% foi previamente estipulada entre as partes para o caso de não haver pronto pagamento, não restando demonstrada a concordância da credora quanto a sua isenção, ainda que o atraso fosse de apenas alguns dias, o que não é o caso (mais de 100 dias), devida se mostra a aplicação da penalidade sobre a parcela vencida em 15.06.2012 e também sobre a parcela com vencimento para 15.12.2012, em razão da sua antecipação e consecutiva propositura de ação executiva. E nem se diga que no caso em tela aplicar-se-ia o disposto no art. 413 do CC, (redução equitativa da multa) em razão do cumprimento da maior parte da obrigação, uma vez que, como bem ressaltado pelo juiz *a quo*, aludida multa incidiu apenas sobre as parcelas vencidas e não sobre a totalidade do contrato.

4. Finalmente, constatado que por ocasião da propositura da ação executiva e também do despacho de f. 224, onde foram fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução, encontrava-se em aberto não só a parcela com vencimento em 15.06.2012, mas também a parcela de 15.12.2012, vencida antecipadamente, acrescida dos respectivos encargos, não merece prosperar a alegação de que o percentual de 10% fixado na execução deveria incidir apenas sobre o valor de R$ 49.539,63, correspondente a 108 dias de atraso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 3 de outubro de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tonon Bioenergia S/A e Tonon Holding SA interpuseram recurso de Apelação em face de Energética Santa Helena Ltda., objetivando a reforma da sentença que rejeitou os embargos à execução. Sustentaram, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que restou indeferida a produção de prova testemunhal, único meio jurídico pelo qual provariam a ocorrência de geadas acima da média histórica e o excesso de chuvas, que atingiram a plantação de cana-de-açúcar, resultando em perda da produtividade. No mérito, alegaram a ocorrência de evento extraordinário (força maior), em razão da queda brusca de mais de 20% da produção, refletindo no fluxo de caixa da apelante; que o pequeno atraso no cumprimento da obrigação não justifica a cobrança desproporcional da multa de 10% sobre o valor da sexta e sétima parcela; que houve composição entre as partes, de forma extrajudicial, em relação a sexta parcela vencida em 15.06.2012, com o depósito na conta da apelada em 01.10.2012, oportunidade em que as apelantes desconheciam a propositura da presente ação e que não há se falar em mora contratual. No mais, insurgiram-se contra a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à execução; que eventual condenação das apelantes deverá incidir sobre o período em que ocorreu o atraso, ou seja, de 15.06.2012 a 31.09.2012, somando 108 dias – R$ 49.539,63. Prequestionaram os arts. 5º, caput, LIV e LV, da Cf; arts. 393, 401, I, 413, 1.425, III, todos do C.C. Ao final, requereram o provimento do recurso, com a anulação da sentença, por cerceamento de defesa, ou ainda, que seja afastada a cobrança da multa de 10%, correção monetária, mora e honorários advocatícios, e, subsidiariamente, a redução da multa em até 0,5%, bem como o arbitramento dos honorários advocatícios no mínimo legal.

Em contrarrazões, a apelada requereu o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Tonon Bioenergia S/A e Tonon Holding SA em face de Energética Santa Helena Ltda., objetivando a reforma da sentença que rejeitou os embargos à execução.

Do cerceamento de defesa

Sustentam as apelantes que o indeferimento da produção de prova testemunhal ocasionou enorme prejuízo a sua defesa, uma vez que pretendiam comprovar a ocorrência de geadas acima da média histórica e o excesso de chuvas, que atingiram a plantação de cana-de-açúcar, resultando em perda da produtividade, refletindo diretamente no fluxo de caixa.

Ao sentenciar o feito, o juiz *a quo* destacou:

> *"No que interessa a isenção dos encargos pelo fundamento da teoria da imprevisão, mais uma vez as embargantes não tem êxito, por que estando suas atividades relacionadas ao cultivo da cana de açúcar, não é crível desconhecerem a possibilidade de geadas em determinadas regiões de Mato Grosso do Sul, bem como de que em quase todo o país, a estação do verão resulta em grande quantidade de chuvas. É, portanto risco da atividade das embargantes o fato climático e, isso não chega a excepcionalidade da força maior. A imprevisibilidade só tem espaço diante do estritamente imprevisível, eis que do contrário, estará sendo prestigiado um caráter especulativo em detrimento da boa fé contratual. As circunstâncias climáticas, não são portanto, motivos ensejadores para legitimar na excepcionalidade a inadimplência." (f. 332).*

Portanto, ainda que fossem produzidas provas orais a fim de comprovar a ocorrência de geadas e chuvas em excesso, tais provas não alterariam os fundamentos da sentença.

Em casos como este, dispõe o art. 130 do C.P.C.:

> *"Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, i**ndeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.**" destaquei.*

Diante do exposto, não merece prosperar a alegação de cerceamento de defesa.

Do mérito

Sustentam as apelantes que em razão da ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis (geada e chuvas em excesso), houve queda brusca de 20% da produção, refletindo no caixa das apelantes, o que resultou no descumprimento da obrigação assumida perante a apelada e que todo o setor sucroalcooleiro suportou prejuízos resultantes de fatores climáticos (força maior).

Como bem destacado pelo juiz a quo, em se tratando de atividade de plantação de cana-de-açúcar, as alterações do clima por si só não pode ser considerado fato imprevisível, principalmente quando a região de plantio é conhecida por apresentar em alguns períodos forte onda de frio (geada) e chuvas em excesso. Aliás, vale aqui destacar que a obrigação assumida com a apelada, qual seja, o pagamento de R$ 7.000.000,00, deveria se dar em sete parcelas, sendo a primeira com vencimento para 05.11.2010 e as duas últimas para 15.06.2012 e 15.12.2012, portanto, ao vincular o cumprimento da obrigação a plantio futuro, deveriam as apelantes ter considerado a possibilidade de intempéries do tempo.

Em relação à matéria posta, este Tribunal já decidiu:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO TÍTULO EXECUTIVO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – AFASTADA – CHEQUE –CAUSA DEBENDI– IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO – PRINCÍPIO 'PACTA SUNT SERVANDA' – NÃO INCIDÊNCIA DO CDC – AQUISIÇÃO DE INSUMOS AGRÍCOLAS – TEORIA DA IMPREVISÃO AFASTADA – RISCOS INERENTES À ATIVIDADE DE PLANTIO – CARACTERIZADA A MORA DO DEVEDOR NO ATRASO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – JUROS DE MORA DEVIDOS – PERCENTUAL DE 1% AO MÊS - RESCISÃO OU REVISÃO CONTRATUAL INDEVIDAS – NÃO CARACTERIZADA A ABUSIVIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, sem a produção de prova pericial, quando o juiz sentenciante entender que o feito encontra-se pronto para ser julgado, dispensando as provas que entender desnecessárias para a formação de seu convencimento. Admite-se a mitigação do princípio 'pacta sunt servanda', revisando-se o contrato firmado entre as partes, quando evidente o confronto com o ordenamento jurídico. Não configura relação de consumo a aquisição de insumos agrícolas para investimento em atividade produtiva. A Teoria da Imprevisão como forma de revisar judicialmente o contrato somente será aplicada quando restar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes e não pode ser vista como meio para se subtrair da obrigação assumida. **Neste sentido, inconstâncias climáticas não podem ser consideradas fator imprevisível na atividade agrícola.** Uma vez caracteriza a mora do devedor, este deve responder pelos encargos dela decorrentes. Os juros de mora não devem ser reduzidos para 1% ao ano, devendo tal encargo obedecer ao percentual de 1% ao mês, consoante aplicação conjunto do artigo 406 do Código Civil de 2002 e artigo 161,§ 1º, do Código Tributário Nacional. Não verificada a abusividade na cobrança dos encargos, não há se falar em resolução ou revisão contratual."* (Apelação Cível 2011.007947-0. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. 2ª Câmara Cível. J. 09.08.2011). Destaquei.

E também o STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. ART. 130 DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FACULDADE DO JUIZ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. TEORIA DA IMPREVISÃO. INTEMPÉRIES CLIMÁTICAS. INAPLICABILIDADE. PRODUTOR RURAL. COMPRA E VENDA DE INSUMOS AGRÍCOLAS. REVISÃO DE CONTRATO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. COBRANÇA ABUSIVA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Compete ao magistrado zelar pela necessidade e utilidade da produção das provas requeridas, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Além disso, saber se a prova cuja produção fora requerida pela parte é ou não indispensável à solução da controvérsia, de modo a permitir ou não o julgamento antecipado da lide, é questão que exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a atrair o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que a Teoria da Imprevisão como forma de revisão judicial dos contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes,* ***não se inserindo nesse contexto as intempéries climáticas.*** *3. 'Esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que no contrato de compra e venda de insumos agrícolas, o produtor rural não pode ser considerado destinatário final, razão pela qual, nesses casos, não incide o Código de Defesa do Consumidor.' (AgRg no AREsp 86.914/GO, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 28/6/2012). 4. O Tribunal 'a quo', com base no suporte fático-probatório dos autos, foi categórico em afirmar a inexistência de capitalização de juros. Desse modo, a alteração do julgado, quanto ao ponto, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg. no AREsp. 155.702/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16.05.2013, DJe 27.06.2013). Destaquei.

Daí que não merece prosperar a arguição da Teoria da Imprevisão, como forma de ilidir o inadimplemento contratual.

Já no que se refere à aplicação da multa de 10% sobre as duas últimas parcelas, consta dos autos que em razão do não pagamento da parcela com vencimento para 15.06.2012, a credora propôs ação de execução em 30.08.2012. Em 01.10.2012, as apelantes depositaram na conta da apelada o valor da parcela vencida, ou seja, R$ 625.000,00, sem qualquer acréscimo. Apesar das apelantes terem afirmado que o depósito se deu em razão de negociação com a credora, esta negou qualquer isenção em relação aos encargos moratórios (f. 285).

Ao sentenciar o feito, o juízo *a quo* consignou:

> *"Quanto aos encargos da mora, estão todos estabelecidos no contrato e não há que se cogitar de redução proporcional, porque no caso a multa toma em conta o valor da parcela inadimplida e não, um índice sobre todo o contrato. Trata-se, portanto, de específico apenamento previamente ajustado entre as partes."* (f. 332).

De fato, em consonância com a cláusula 2.2, restou avençado:

> *"O descumprimento de qualquer uma das parcelas descritas acima, acarretará o vencimento antecipado das demais com o pagamento pela 'TONON BIOENERGIA ou CESSIONÁRIA' de multa contratual no valor equivalente a 10% (dez por cento) do saldo remanescente, bem como em pagamento de juros de 1% (um por cento) ao mês, mais*

correção monetária, sem prejuízo da possibilidade da 'TAG AGRÍCOLA ou CEDENTE' rescindir o presente instrumento." (f. 250).

Daí que, tratando-se de pena previamente estipulada entre as partes para o caso de não haver pronto pagamento, não restando demonstrada a concordância da credora quanto a sua isenção, ainda que o atraso fosse de apenas alguns dias, o que não é o caso (mais de 100 dias), devida se mostra a aplicação da multa no percentual de 10% sobre a parcela vencida em 15.06.2012 e também sobre a parcela com vencimento para 15.12.2012, em razão da sua antecipação e consecutiva propositura de ação executiva.

E nem se diga que no caso em tela aplicar-se-ia o disposto no art. 413 do CC, (redução equitativa da multa), em razão do cumprimento da maior parte da obrigação, uma vez que, como bem ressaltado pelo juiz *a quo*, aludida multa incidiu apenas sobre as parcelas vencidas e não sobre a totalidade do contrato.

Finalmente, alegam as embargantes que os honorários advocatícios fixados no percentual de 10% na ação executiva deveriam incidir sobre o período em que ocorreu o atraso, ou seja, de 15.06.2012 até 31.09.2012, somando 108 dias, o que equivaleria a R$ 49.539,63, e não sobre o valor da execução – R$ 1.393.920,59.

Razão alguma assiste às apelantes, uma vez que, conforme já apurado anteriormente, por ocasião da propositura da ação executiva e também do despacho de f. 224, onde foram fixados os honorários advocatícios, encontrava-se em aberto a parcela com vencimento em 15.06.2012, ensejando no vencimento antecipado da parcela de 15.12.2012, acrescido dos respectivos encargos, cujo montante alcançou a cifra de R$ 1.393.920,59 (f. 222).

Feitas essas considerações, dou por analisado explícita ou implicitamente a matéria prequestionada.

Posto isto, conheço do presente recurso de apelação, porém, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 03 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0600208-42.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO MONITÓRIA – INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

O condomínio instituído por contrato relativamente a bem móvel não pode ser desfeito por meio de tutela monitória, por não ser adequada ao caso.

Recurso 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Robson Nunes Brito interpõe recurso de apelação (f. 22/29) contra a sentença (f. 17/18) de indeferimento liminar da petição inicial por inadequação da via eleita.

Diz que o contrato celebrado com o apelado cumpre os requisitos indispensáveis para o ajuizamento da ação monitória. Afirma que o documento juntado permite identificar um crédito a seu favor.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Robson Nunes Brito contra a sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial da ação monitória ao fundamento de inadequação da via eleita.

Diz que o contrato celebrado com o apelado cumpre os requisitos indispensáveis para o ajuizamento da ação monitória. Afirma que o documento juntado permite identificar o crédito e seu favor.

O requisito essencial da ação monitória é documento ou grupo de documentos escritos, sem força executiva, em que seja possível extrair razoável convicção acerca da plausibilidade da existência da obrigação de pagar ou de entregar coisa[1].

1 "Art. 1.102-A. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Desse modo, não há razão para modificar a sentença de indeferimento da petição inicial, haja vista que o documento juntado pelo apelante, constituição de condomínio sobre o automóvel (f. 10), não é apto para fundamentar a ação monitória, por não conter obrigação de pagar ou de entregar coisa.

Assim, se o apelante não está satisfeito com o condomínio formado entre ele e o apelado e não consegue destituí-lo amigavelmente, deve, necessariamente, ajuizar ação de alienação de bem indiviso, conforme dispõe o artigo 1.117 do Código de Processo Civil.

Anote-se, ainda, não ser caso de emenda da petição inicial, sob pena de causar tumulto processual, tendo em vista que a monitória é processo de procedimento especial de jurisdição contenciosa e a alienação judicial de coisa comum é ação de procedimento especial de jurisdição voluntária.

Diante dessas considerações, percebe-se o acerto da sentença proferida, a qual indeferiu liminarmente a petição inicial com fundamento no artigo 267, inciso I, cumulado com o artigo 295, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação.

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, MS, 15 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0800132-98.2011.8.12.0011 - Coxim
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CHEQUE – PROTESTO REALIZADO ANTES DO TÉRMINO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO MONITÓRIA – VALIDADE.

Após 6 (seis) meses, a contar do prazo de apresentação previsto no artigo 33 da Lei n. 7.357/85, o cheque perde a natureza de título executivo e ganha a de documento representativo de dívida até quando for admitida a sua cobrança judicial por outros meios, a exemplo da monitória, o que também autoriza seu protesto, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.492/97.

Recurso 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Glocimar Piccinim interpõe recurso de apelação (f. 76/88) contra a sentença (f. 68/71) que julgou improcedentes os pedidos de cancelamento de protesto e de indenização por danos morais.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Glocimar Piccinim contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos de cancelamento de protesto e de indenização por danos morais.

O apelante afirma que o protesto do seu cheque se deu fora do prazo legal. Diz ser de 6 (seis) meses o prazo para cobrar o cheque, de 30 (trinta) dias para protestar o cheque emitido no lugar onde ocorrerá o pagamento e de 60 (sessenta) dias para protestar o emitido em outro lugar do país ou no exterior. Sustenta, ainda, a prescrição da ação monitória.

Nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.492/97, *"o protesto é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida"*.

Embora, na origem, fosse figura integrada exclusivamente ao universo cambiário, hoje o protesto se desvinculou do título de crédito e também passou a ser admitido em relação a outros documentos de dívida.

Assim, mesmo sem o status de título de crédito, é válido o protesto do cheque, desde que seja possível sua cobrança por outros meios judiciais, a exemplo da ação monitória, pois, neste caso, representa outro documento de dívida.

Em outras palavras, após o prazo de 6 (seis) meses, a contar do prazo de apresentação previsto no artigo 33 da Lei n. 7.357/85, o cheque perde a roupagem de título executivo e ganha a de documento representativo de dívida, o que autoriza o seu protesto, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.492/97.

Na hipótese em análise, o cheque foi emitido no dia 9 de dezembro de 2005 (f. 15), sendo o dia 9 de julho de 2006 o término do prazo prescricional da ação de execução, considerando, evidentemente, o prazo de apresentação previsto no artigo 33 da Lei do Cheque – 30 (trinta) dias.

Por conseguinte, o prazo prescricional da ação monitória, que é de 5 (cinco) anos, iniciou-se no dia de 10 de julho de 2006 e terminou no dia 9 de julho de 2011.

Logo, não se vislumbra qualquer irregularidade, haja vista que o réu protestou o cheque do apelante no dia 25 de maio de 2011 (f. 15), vale dizer, antes do término do prazo prescricional da ação monitória.

Com efeito, por não ser irregular o protesto do cheque, a improcedência dos pedidos de cancelamento de protesto e de indenização por danos morais é medida que se impõe.

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação.

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, MS, 15 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0802152-49.2012.8.12.0004 - Amambai
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – RENÚNCIA FIRMADA PELO COMPANHEIRO – DIREITO DISPONÍVEL – VALIDADE.

É válido o termo de renúncia da indenização do seguro obrigatório firmado pelo companheiro da vítima, por se tratar de direito disponível e inexistir alegação de vício de consentimento.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 15 de outubro de 2013.

Juiz Vilson Bertelli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Carlos Roberto Rodrigues da Silva interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido de cobrança da indenização do seguro obrigatório DPVAT, relativa ao falecimento de Fani Bueno em acidente de trânsito, formulado em face da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A.

Em suas razões recursais, o apelante alegou que assinou o termo de renúncia da parcela da indenização que lhe cabia no dia seguinte ao falecimento de sua companheira, quando ainda estava emocionalmente abalado. Sustentou que essa era a única forma de obter recursos para o pagamento das despesas funerárias. Asseverou que o formulário de renúncia pré-impresso pela seguradora contém cláusulas abusivas nulas de pleno direito, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Contrarrazões às f. 89/94.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido de cobrança de indenização do seguro obrigatório DPVAT formulado na inicial, em razão do termo de renúncia firmado pelo autor-apelante na via administrativa.

O apelante argumenta que assinou esse documento no dia seguinte ao falecimento de sua companheira, quando ainda estava emocionalmente abalado e necessitava de recursos para o pagamento das despesas funerárias.

No entanto, sem a alegação de vício de consentimento, não há razão para declarar a anulabilidade do termo de renúncia à sua parcela da indenização, haja vista que se trata de direito disponível e que o apelante estava acompanhado de advogado quando firmou essa declaração.

Além disso, o documento de f. 50 comprova que a seguradora já efetuou o pagamento da metade da indenização securitária referente ao falecimento de Fani Bueno em acidente de trânsito para o filho do apelante, sendo o restante devido ao seu enteado.

Ainda que o autor tivesse alegado e comprovado que renunciou à sua parcela da indenização em erro ou dolo – o que, reitere-se, não ocorreu –, não se poderia exigir da seguradora o pagamento em duplicidade da indenização securitária. A conduta adotada pela ré na via administrativa não poderia ter sido distinta, considerando os documentos apresentados pelo próprio apelante.

Assim, como a seguradora tomou a prudência necessária para realizar o pagamento da indenização, é imperioso reconhecer a validade do pagamento realizado. Incide, no caso, a regra do artigo 309 do Código Civil, segundo o qual "*o pagamento de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.*"

Portanto, seja porque não restou comprovado a existência de vício na renúncia firmada pelo apelante, seja porque o pagamento da metade da indenização já realizado em favor de um dos filhos da vítima, não prospera a pretensão da apelante.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

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, MS, 15 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000069-75.2012.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA SEGURO DPVAT – DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES COMPROVADAS – RESSARCIMENTO DEVIDO – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA - DATA DO EVENTO DANOSO – RECURSO IMPROVIDO.

Existindo nos autos documentos que comprovam as despesas médicas decorrentes do acidente automobilístico, subsiste o dever de indenizar o beneficiário do seguro DPVAT.

A correção monetária é um índice que visa a recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir da data do efetivo prejuízo, em conformidade com a Súmula 43 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, MS, 3 de outubro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, apela a este Tribunal, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que julgou parcialmente os pedidos formulados na ação de cobrança ajuizada por Leonardo Dias Brito dos Santos.

Alega que, para o pagamento dos gastos efetuados a título de assistência médica, é imprescindível a demonstração da correlação dos gastos com o tratamento das respectivas sequelas, através de receituário, o que não restou comprovado nos autos, destacando os documentos de f. 48 e 49, que não especificam o serviço médico prestado; f. 50, trata-se de mero relatório de despesas.

Sustenta, com relação à correção monetária, que a relação existente entre as partes deriva de um contrato de natureza estritamente social. Assim, o termo inicial da correção deve ser a data de propositura da ação, nos termos da Lei n. 6.899/81.

Requer, ao final, a manifestação expressa do acórdão acerca das regras insertas nos incisos XXXVI e LV, do art. 5º, da Constituição Federal; e dos artigos 3º e 5º, § 5º, da Lei n. 8.441/92.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, contra sentença, de parcial procedência do pedido formulado na ação de cobrança ajuizada por Leonardo Dias Brito dos Santos.

Conforme relatado, a seguradora insurgiu-se contra a sentença que a condenou ao pagamento da indenização relativa ao seguro DPVAT, no valor de R$ 2.362,50 (dois mil, trezentos e sessenta e dois reais, cinquenta centavos), corrigido a partir do acidente (29.07.2011) e acrescido de juros moratórios a partir da citação; condenando-a, também, ao ressarcimento da quantia gasta com despesas médicas, de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), corrigida a partir do desembolso e acrescida de juros a partir da citação.

Segundo a apelante, os documentos apresentados (f. 48, 49, 50) não são aptos à confirmar as despesas médico-hospitalares com o tratamento das lesões decorrentes do acidente.

Inicialmente, observa-se que os documentos que se referem às despesas hospitalares e suplementares estão encartados à f. 60-63 e não nas folhas destacadas pela apelante, uma vez que se tratam: i) f.48 = ficha de recuperação pós-anestésica e controle de "Dimorf"; ii) f. 49/50 = relatório de enfermagem.

Com relação aos demais documentos, verifica-se que o apelado juntou aos autos o Boletim de Ocorrência, onde consta seu nome como vítima do acidente ocorrido em 29 de julho de 2011. Também foi anexada a "Ficha do Paciente", descrevendo a lesão (fratura do acetábulo) e o tratamento realizado (cirurgia), restando comprovado o nexo entre o acidente e a lesão; ainda, o Contrato de Prestação de Serviços de Assistência Médico-Hospitalar em Caráter Particular (f. 19-21) e demais prontuários; relatórios de enfermagem e relações de materiais hospitalares e serviços realizados; incluindo, ainda uma declaração de que o acidentado foi atendido em caráter particular (f. 22-59).

De acordo com o art. 3º, III, da Lei 6.194/74, existe previsão de ressarcimento de despesas de assistência médica e suplementares, no valor de:

> *"(...)*
>
> *III – até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) – como reembolso à vítima – no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas."*

Consoante se depreende das f. 60-62 constam os recibos referentes aos gastos efetuados pelo recorrido, enquanto a f. 63 traz o Relatório de Despesas Médico-Hospitalar, emitido pelo Hospital Evangélico Goldsby King, descrevendo as despesas pagas ao enfermeiro instrumentador (R$ 200,00), correspondente ao recibo de f. 60; os honorários pagos ao médico auxiliar (R$ 600,00), correspondente ao recibo de f. 61; e, os honorários pagos aos cirurgiões (R$ 1.000,00 + R$ 2.000,00, que corresponde ao recibo de f. 62.

Tem-se, assim, que o apelado atendeu às exigências da lei, fazendo jus ao ressarcimento dos valores, pois os documentos acostados aos autos são suficientes para comprovarem que as despesas médicas efetuadas pela parte autora são em virtude das lesões decorrente do acidente de trânsito sofrido, e por isso devem ser reembolsadas.

Eis o entendimento deste egrégio Tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DPVAT – PRESCRIÇÃO AFASTADA – ARTIGO 515, § 3º DO CPC – DESPESAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICAS E HOSPITALARES – CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO PROVIDO.*

> *(...)*
>
> *As despesas médicas comprovadas por notas fiscais e recibos devem ser ressarcidas e a correção monetária incidir a partir do efetivo desembolso."* (Apelação Cível - Sumário - N. 2010.038120-0/0000-00 - Três Lagoas - Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – 2ª Turma Cível – j. 18.01.11 TJ/MS).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO SUMÁRIA DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – RECURSO DO REQUERIDO – INDENIZAÇÃO DEVIDA NO LIMITE MÁXIMO ESTABELECIDO NA LEI N. 11.482/07 – AFASTADA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA COMPROVAÇÃO DE GASTOS COM MEDICAMENTOS – NÃO COMPROVAÇÃO DE LESÃO PERMANENTE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DO AUTOR – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO AO TETO LEGAL (LEI N. 6.194/74) – REEMBOLSO DE DESPESAS COM MEDICAMENTOS – GASTOS SATISFATORIAMENTE COMPROVADOS – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *A juntada aos autos de requisição de medicamentos e das notas fiscais com datas imediatamente posteriores ao acidente que provocou lesões físicas no requerente são suficientes para comprovar o desembolso das quantias nelas especificadas, não sendo de se exigir recibo de pagamento dos valores.*
>
> *(...)"* (Apelação Cível – Ordinário – N. 2010.031880-5/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. João Maria Lós – 1ª Turma Cível – 16.11.10 – TJMS).

Dessa forma, não merece reparo a sentença que condenou a seguradora ao ressarcimento da quantia gasta com despesas médicas, de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), corrigida a partir do desembolso e acrescida de juros a partir da citação.

Alegou, ainda, a apelante, que o termo inicial para incidência da correção monetária é a data da propositura da ação, em observância ao disposto na Lei n. 6.899/81.

Entretanto, a correção monetária não é um adicional que se agrega ao benefício, mas sim um índice que visa recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, devendo incidir na indenização a partir do momento em que nasce para a apelada o direito de receber o seguro obrigatório, ou seja, da data do sinistro, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir do evento danoso, conforme bem decidiu o juízo *a quo*.

Aliás, é o que preceitua a Súmula n. 43 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

"Incide a correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo."

Não é dissonante a posição adotada por esta Egrégia Corte de Justiça, como se constata dos seguintes julgados:

> *"(...)*
>
> *A correção monetária não se trata de um adicional que se agrega ao benefício, mas de um índice que visa a recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ."* (TJMS – Apelação Cível n. 2007.009891-0/0000-00 – Terceira Turma Cível – Relator designado: Des. Rubens Bergonzy Bossay – julgado em 28.05.07 – publicado em 22.6.07).

"A correção monetária não é um plus a incidir sobre o débito, mas mero fator de atualização da moeda, em face da inflação, e deve incidir a partir da data do efetivo prejuízo. (Súmula n. 43 do STJ)." (TJMS – Apelação Cível n. 2005.009816-5 – Rel. Des. Rêmollo Letteriello, j. Em 2.8.2005).

Com relação ao prequestionamento efetuado pela apelante, é preciso dizer que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, e sim que o direito tenha sido efetivamente exposto, significando dizer que não há a necessidade de se apontar o artigo do Código ou da Constituição no acórdão se a questão já foi suficientemente debatida.

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"[1]

A propósito, eis 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 Constituição Federal 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".*[2]

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 03 de outubro de 2013.

***

1 Embargos de Declaração n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J. 12/1998, DJ-MS. 24.02.1999.

2 *in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859.

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4000877-08.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INEXISTÊNCIA DE BENS – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Para que os bens pessoais dos sócios não respondam pelas obrigações contraídas pela sociedade, é necessário que não pratiquem atos contrários à lei e ao estipulado no estatuto social.

É de ser desconsiderada a personalidade jurídica, em face da existência de elementos que demonstram não terem sido encontrados bens que passíveis responder pela obrigação.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 24 de outubro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Auto Peças Chacha Ltda. interpõe agravo de instrumento em face da decisão prolatada pelo juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que desconsiderou *"a personalidade jurídica do executado, admitindo a penhora sobre bens dos sócios.*

1) Inclua-se no pólo passivo da demanda os sócios da empresa Adriano Fábio Franchini (CPF n. 567.479.508-87) e Henrique Martins Neto (CPF n. 937.237.098-34), intimando-os dos termos desta decisão.

2) Após, conclusos para penhora 'on line' em nome dos sócios acima referidos, cujo cálculo atualizado encontra-se à f. 67."

Alega que fora adotado pelo Código Civil a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, a qual preceitua que a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações, não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica.

Afirma que para a Lei Civil somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (teoria maior subjetiva da desconsideração) caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica ou quando evidenciada a confusão patrimonial (teoria maior objetiva da desconsideração) demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os seus sócios.

Sustenta que o fato de a agravante não mais se encontrar no seu endereço comercial inicial, associada, ainda, a suposta inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelos agravados não constituem, per si, motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica, com fundamento no art. 50 do Código Civil.

Aduz que possui endereço comercial à Rua 24 de outrubro, n. 409, Vila Glória, nesta Comarca, consoante se depreende do comprovante de inscrição e de situação cadastral de seu CNPJ, extraído do site da Receita Federal nesta data, encontra-se ativa perante o referido órgão fazendário.

Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada e, por conseguinte, determinar a exclusão dos sócios do polo passivo da demanda executiva.

O recurso veio instruído com os documentos obrigatórios e devidamente preparado, sendo recebido no efeito suspensivo (f. 112).

Em contraminuta, os agravados manifestam pelo improvimento do recurso e, na eventualidade de ser provido o recurso, requerem a manifestação desta Corte acerca da negativa de vigência aos arts. 50 do C.C., 334, inciso I, e 596 do C.P.C.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Auto Peças Chacha Ltda em face da decisão prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, objetivando o provimento do recurso, para reformar a decisão vergastada e, por conseguinte, determinar a exclusão dos sócios do polo passivo da demanda executiva.

> O art. 50 do Código Civil dispõe que: *"em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica."*

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica também vem disciplinada no Código de Defesa do Consumidor e na Lei n. 8.884/94, denominada Lei de Defesa da Concorrência, que assim dispõe em seu art. 18:

> *"A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."*

Já o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

> *"O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."*

Portanto, para que os bens pessoais dos sócios não respondam pelas obrigações contraídas pela sociedade, é necessário que estes não pratiquem atos contrários à lei e ao estipulado no estatuto social. É de se ressaltar que a norma constante no art. 596 do C.P.C., de que os sócios não respondem pelas dívidas sociais, aplica-se quando é constatada regularidade nas obrigações sociais. A respeito da matéria, é elucidativo o escólio de Rubens Requião:

> *"Desde que aja dentro da legalidade, segundo as normas do contrato ou da lei, o sócio-gerente está imune à responsabilidade. A solidariedade surge quando atua ilegalmente, contra a lei ou contra o contrato (...)*
>
> *A responsabilidade do sócio-gerente deflui não só da impossibilidade da sociedade pagar o credor, mas da ilegalidade ou fraude que o sócio praticar na gerência. Essa a doutrina dominante...*
>
> *Assim, para os atos que praticar violando a lei e os estatutos, de nada serve ao sócio-gerente o anteparo da pessoa jurídica da sociedade. Sua responsabilidade pessoal e ilimitada emerge dos fatos, quando resultarem de sua violação da lei ou do contrato, causando sua imputabilidade civil e penal."* (*In* Curso de Direito Comercial, Saraiva, 1982, 1º vol., p. 351-2).

No caso em tela, observa-se que não houve o pagamento espontâneo do débito, nem a penhora de bens de propriedade da executada, ora agravante, uma vez que, conforme certidão do analista judiciário, o porteiro do local desconhecida a devedora e qualquer representante legal da empresa (f. 64).

Foi deferido o pedido de penhora *on line* (f. 74), contudo não foi possível o cumprimento da determinação, por não ter sido localizado numerário disponível em conta do(s) réu(s) (f. 77-79).

A pedido dos agravados, o juízo procedeu a consulta, via sistema RENAJUD, acerca de veículos constantes em nome da executada/agravante, a resposta resultou positiva, entretanto referidos bens, segundo a documentação, possuem restrições, não sendo possível a sua penhora.

Patente, portanto, a existência de elementos que demonstram que a agravante objetivou furtar-se da responsabilidade com seus credores, não providenciando a liquidação de seu capital social, já que impossível uma empresa encontrar-se em plena atividade e não possuir nenhum bem em seu nome, muito menos movimentação bancária condizente com a atividade empresária que desenvolve. Assim, deve ser desconsiderada a personalidade jurídica, a fim de que o patrimônio dos sócios fique sujeito à constrição para saldar as dívidas da sociedade.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento; revogando-se o efeito suspensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, MS, 24 de outubro de 2013.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 4004248-77.2013.8.12.0000 - Ponta Porã
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva.

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO SOBRE A LIBERAÇÃO DA SENHA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – PRISÃO – MEDIDA EXTREMA – NECESSIDADE DE PROPICIAR NOVO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO ALIMENTANTE ANTES DE SE CUMPRIR O MANDADO DE PRISÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há previsão legal no sentido de que, nos processos virtuais e que tramitam em segredo de justiça, a parte deva ser intimada sobre a liberação da senha de acesso.

Em conformidade com o disposto no § 4º do art. 31 do Provimento n. 70, de 9.01.2012, que estabelece regras procedimentais pra o sistema eletrônico de tramitação de processos judiciais, instituído pelo Conselho Superior da Magistratura, por meio do Provimento n. 148, de 16 de abril 2008: *"A senha de acesso para a parte será solicitada ao cartório que a entregará pessoalmente."*

Deve ser propiciado ao alimentante manifestar-se nos autos, antes de ser cumprido o mandado de prisão, por se tratar tal ordem de medida extrema, que privará o devedor de sua liberdade de ir e vir.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, dar parcial provimento ao recuso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 31 de outubro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por M. L. M., contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, o qual decretou sua prisão civil, frente ao inadimplemento com os alimentos devidos, momento em que o juízo singular não se dignou a nem sequer justificá-los.

Afirma que a decisão deve ser anulada, já que nem sequer teve acesso aos autos para se defender, teve sua prisão decretada, o que não pode se admitir, notadamente diante do bem jurídico em discussão, a liberdade.

Pondera que quer e pretende demonstrar sua incapacidade para arcar com os alimentos pleiteados, mas para tanto depende de prazo e depende de acesso regular ao processo, sendo vedada a abertura de prazo antes de regular acesso ao processo.

Frisa que no caso tem aplicação o artigo 180 do Código de Processo Civil, que prevê em caso de obstáculos judicial o prazo deve ser suspenso, já que tendo solicitado por escrito acesso aos autos, evidente que o prazo só poderia fluir da intimação da decisão ou ato que lhe conferiu o acesso, ou, no caso, agora, da decisão que reconhecer a nulidade do procedimento.

Argumenta que no caso do processo físico, encontrados os autos, ou, no caso em tela, liberado o acesso e cadastrada a senha, era evidente a necessidade de sua intimação, que não podia, por razões óbvias, adivinhar, por assim dizer, que o acesso estava liberado e qual era sua senha de acesso.

Finaliza requerendo o conhecimento e provimento do presente para, revogar a decisão interlocutória proferida pelo juízo singular, determinando sua intimação para que, agora, com acesso aos autos, possa justificar o não pagamento dos alimentos no prazo de três dias, sob pena de prisão.

O recurso veio instruído com os documentos obrigatórios e desacompanhado de preparo.

Foi concedido o efeito suspensivo ativo e deferido os benefícios da justiça gratuita ao agravante (f. 75-76).

Embora devidamente intimado, o agravado não apresentou contraminuta (f. 81).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO (EM 24.10.2013)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de agravo de instrumento interposto por M. L. M. em face da decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, objetivando o provimento do recurso para o fim de reconhecer a nulidade da decisão agravada e determinar a intimação do agravante para que possa justificar o não pagamento dos alimentos no prazo de 3 (três) dias, sob pena de prisão.

No caso específico de autos, vê-se que o agravante, em 06.08.2012 (f. 45), compareceu, espontaneamente, em juízo, e em causa própria, requerendo vista dos autos.

O magistrado singular, após o pedido formulado pelo agravante, assim manifestou, em 10.09.2012:

> *"Primeiramente, quanto ao pedido de vistas, por se tratar de processo eletrônico, onde a consulta só é possível com a liberação de senha e se tratando de parte, fica autorizada a liberação de senha para finalidade de acesso e consulta via internet.*
>
> *Outrossim, em que pese não haja nos autos comprovação da efetiva citação do executado, o comparecimento espontâneo do mesmo supre a formalidade (art. 214, §1º do CPC), então, computa-se o prazo de três dias, contados da manifestação de fls. 34 e, nada havendo, certifique-se e diga a parte autora e o Ministério Público."*

Ocorre, conforme constou dos autos, que o não houve manifestação do agravante, o que culminou com a decisão que decretou a sua prisão civil.

Justifica o agravante a sua inércia na falta de intimação da outorga da senha e da liberação do acesso ao autos, ainda que pelo Diário da Justiça.

Não se tem notícia na legislação vigente, que rege a matéria, dispõe sobre a necessidade de intimação da parte da decisão que autorizou a liberação de senha de acesso e consulta via internet, por se tratar de processo virtual e que tramita em segredo de justiça.

A bem da verdade o art. 31, § 4º, do Provimento n. 70, de 9.1.2012, que estabelece regras procedimentais pra o sistema eletrônico de tramitação de processos judiciais, instituído pelo Conselho Superior da Magistratura, por meio do Provimento n. 148, de 16 de abril 2008 dispõe que:

> ***"Art. 31.*** *A consulta aos dados básicos dos processos judiciais eletrônicos será disponibilizada no portal do Tribunal de Justiça, assegurado o direito de acesso à informação processual a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse, exceto nos casos de processos que tramitem em segredo de justiça ou lhe seja conferido caráter de sigilo.*
>
> *(...).*
>
> ***§ 4º A senha de acesso para a parte será solicitada ao cartório que a entregará pessoalmente."***

Vê-se pelo referido dispositivo que a parte tem acesso aos autos mediante simples solicitação em cartório da senha, sendo-lhe entregue pessoalmente, não havendo nenhuma formalidade a ser cumprida.

Ocorre que, no caso específico dos autos, há de se levar em conta a gravidade da medida imposta ao agravante, diante da ausência de manifestação.

A decretação da prisão, com o seu cumprimento, privará o agravante da sua liberdade de ir e vir, tratando-se, portanto, de medida extrema, e, por conseguinte, deve ser admitida após restarem infrutíferos os meios para o pagamento amigável da pensão alimentícia.

Assim, por prudência, neste caso em particular, merece ser reformada a decisão, para que seja propiciado agravante, mais uma vez, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento do valor devido, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Ante o exposto e contra o parecer, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reformando a decisão agravada, determinar que o devedor/agravante, no prazo de 3 (três) dias, a contar da publicação deste acórdão, efetue o pagamento do débito alimentar, prove que o fez ou justifique a impossibilidade de efetuá-lo.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 31.10.2013 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. JÚLIO), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 31.10.2013)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira (1º Vogal).

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta à apreciação do Colegiado.

Vistos e examinados, cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo eminente Relator, razão pela qual não tenho dúvidas em acompanhar seu voto.

Trata-se de ação de execução de alimentos onde foi decretada a prisão civil do alimentante, ora agravante. Sustenta ele, em breve síntese, a nulidade da decisão que decretou sua prisão, tendo em vista que não teve acesso aos autos em virtude da falta de intimação para obtenção de senha de acesso aos autos.

O eminente Relator, contrariando o parecer ministerial e levando em consideração a restrição de liberdade imposta ao recorrente, concedeu-lhe 3 dias contados da publicação do acórdão para o pagamento do débito ou para justificar sua impossibilidade.

Contudo, o prazo para pagamento do débito alimentar tem previsão no art. 733 do C.P.C. (3 dias), e tem natureza peremptória, sendo vedado ao Juiz a concessão de prazo diverso. Na hipótese versada nos autos, o agravante compareceu espontaneamente ao peticionar em causa própria em 6 de agosto de 2012, requerendo vista dos autos (f. 45), o que foi deferido à f. 47, em decisão proferida em 10 de setembro de 2012.

Vale registrar, inicialmente, o equívoco do Juízo da causa, ao considerar que o prazo de 3 dias para pagamento contar-se-ia da data da "manifestação de f. 34", o que se presume tratar do pedido de vista, pois o prazo conta-se do deferimento do pedido de vista, momento a partir do qual é franqueado ao peticionário o acesso aos autos, mormente na hipótese de trâmite em segredo de justiça. O equívoco, entretanto, teve pouca ou nenhuma repercussão.

Compulsando detidamente o caderno processual, entretanto, verifica-se que o exequente não foi intimado dessa decisão (que lhe franqueou acesso aos autos), daí porque o prazo para pagamento ainda não teve início.

O comparecimento espontâneo, que supre a falta de citação, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, equivale à ciência inequívoca, e, como tal, pressupõe amplo acesso ao teor dos autos. De sorte que não é possível falar em comparecimento espontâneo enquanto o réu não tem acesso aos autos.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA PARTE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS TERMOS DO 'DECISUM'. NULIDADE DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA NÃO RECONHECIDA. PRECEDENTES. 1. Supre a falta de intimação o comparecimento espontâneo da parte, representada por advogada, que, como tal, se apresenta, deixando patente o pleno conhecimento dos termos da sentença. Precedentes desta Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg. no REsp. 968.486/PR, Rel. Ministro O.G. FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14.12.2010, DJe 09.03.2011).

Prosseguindo, o art. 247 do CPC fulmina de nulidade a intimação realizada em observância das prescrições legais, desde que haja prejuízo à parte prejudicada. No caso dos autos, o prejuízo decorre da prisão civil do recorrente, pelo que entendo inarredável a nulidade do ato de intimação.

Em conformidade com o disposto no art. 248 do C.P.C., anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os atos subsequentes, que dele dependam.

Dessarte, contrariando o parecer, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, provendo em parte o recurso.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (2º Vogal).

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECUSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, MS, 31 de outubro de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0007824-93.2007.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – INDULTO DA MULTA – PENA ACESSÓRIA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS – PROVIMENTO.

A pena de multa origina-se de sentença condenatória criminal, podendo (ou não) ser acessória à sanção corporal, de modo que o Juízo das Execuções Penais é competente para a análise de pedidos relativos ao indulto incidente sobre a mesma.

Agravo de Execução Penal defensivo a que se dá provimento, para determinar a remessa dos autos ao juízo *a quo* para o necessário julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, MS, 30 de setembro de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Wagner Alan Bazan interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma da decisão (f. 307/308) que embora tenha concedido indulto da pena privativa de liberdade não o fez em relação à pena de multa.

Sustenta que o Juízo das Execuções Penais é competente para o provimento pleiteado, pugnando que o mesmo aprecie o pedido de indulto da pena de multa (f. 315/319).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 325/328).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não provimento (f. 356/356-v.).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Wagner Alan Bazan interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma da decisão (f. 307/308) que embora tenha concedido indulto da pena privativa de liberdade não o fez em relação à pena de multa.

Extrai-se dos autos que o reeducando foi condenado ao cumprimento de uma pena total de 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes de furto e estelionato (f. 203/204).

Baseado no art. 84, XII, da Constituição Federal, foi publicado o Decreto n. 7.873/12, que estabeleceu a concessão de indulto aos condenados à pena privativa de liberdade inferior a 08 (oito) anos que até a data do ato já tivessem cumprido 1/3 (um terço) da reprimenda e não tivessem cometido falta grave nos 12 (doze) meses anteriores.

Pleiteou-se a benesse ao acusado, a qual foi concedida pelo julgador singelo, que, no entanto, entendeu por bem não fazê-la em relação à pena de multa, sob o fundamento de que não tinha competência para tanto, por se tratar de dívida de valor (f. 307/308).

A pretensão defensiva merece guarida.

Com efeito, o art. 6º, do Decreto n. 7.873/12, estabelece que o indulto estender-se-á também à pena de multa aplicada cumulativamente.

Não obstante o art. 51, do Código Penal, estabelecer que com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa passa a ser considerada dívida de valor, tal dispositivo tem como *mens legis* impedir a conversão da pena de multa em privativa de liberdade e não conferir caráter de obrigação tributária à sanção.

Dessarte, não há falar em perda do caráter penal da multa, eis que esta, na maior parte das vezes, é acessória à sanção corporal e, sabidamente, como o acessório segue o principal, havendo extinção deste aquele há de ser extinto.

Não obstante a multa seja transformada em dívida de valor, podendo ser executada pela autoridade fiscal, tal fato não descaracteriza a sua origem, razão pela qual deve ser analisada em sede de execução penal.

A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que a competência para a análise do indulto da pena de multa é do Juízo das Execuções Penais:

> "*AGRAVO RELATIVO A EXECUÇÃO PENAL – CONCESSÃO DE INDULTO – PENA DE MULTA – INTELIGÊNCIA DO DECRETO PRESIDENCIAL 7.873/2012.*
>
> *Competência do Juízo da Execução Criminal para apreciação do pedido. Dívida de valor que tem natureza penal. Acolhimento ao alegado pelo recorrente. Portanto, recurso provido, com consequente remessa dos autos a MM. Juíza da causa.*" [1]

De igual modo, há julgados no sentido de que o indulto da sanção corporal deve ser estendido à pena de multa:

> "*AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDULTO – PENA DE MULTA.*
>
> *Uma vez concedido o indulto à pena privativa de liberdade, deve ser estendido também à pena de multa. Além disso, o Decreto n. 7.648/2011 menciona somente que para ser concedido o benefício do indulto a pena privativa de liberdade deve ter sido extinguida até o dia 25 de dezembro de 2011. Parecer do Ministério Público no sentido do improvimento do recurso. Agravo desprovido.*" [2]

1 TJSP, Ag 0073280-53.2013.8.26.0000, 15ª Câm. Crim., rel. Des. ENCINAS MANFRÉ, j. 27/06/2013, DJ 16/07/2013.

2 TJRS, Ag 111441-25.2013.8.21.7000, 3ª Câm. Crim., rel. Des. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, j. 13/06/2013, DJ 12/07/2013.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por Wagner Alan Bazan, para determinar a remessa dos autos ao juízo *a quo*, competente para a análise do pedido de indulto da pena de multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 30 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0036713-15.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PROCESSO PENAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO – NATUREZA INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – LEGÍTIMA DEFESA NÃO COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – VIOLÊNCIA INSUFICIENTE PARA CONFIGURAR O VETO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – PARCIAL PROVIMENTO.

O recebimento da denúncia não necessita de fundamentação, pois atribuir razões ao mencionado despacho pode resultar em prejulgamento da causa.

Após o pronunciamento do Pretório Excelso, no julgamento da ADIn. n. 4.424 para assentar a natureza incondicionada da ação penal nos casos de violência doméstica, mostra-se clara a desnecessidade da audiência preliminar ante a impossibilidade de retratação da vítima.

Se a prova demonstra de maneira firme e convincente que o acusado praticou crime no âmbito doméstico resta incabível o pleito absolutório, seja por insuficiência de provas, seja pela ocorrência da excludente da ilicitude da legítima defesa que, *in casu*, sequer restou comprovada.

É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto à condenação por lesão corporal praticada no âmbito doméstico, pois a pouca gravidade da violência não caracteriza o fator impeditivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal e parcialmente, o 2º vogal, que dava em maior extensão.

Campo Grande, MS, 15 de julho de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A. F. N. interpõe Apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, suspensa condicionalmente pelo prazo de 02 (dois) anos, ante a prática do crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal).

Preliminarmente, pugna pela nulidade do processo por falta de fundamentação na decisão que recebeu a denúncia.

Alega, ainda, nulidade decorrente da não designação de audiência prevista no art. 16, da Lei n. 11.340/06.

No mérito, aduz que a prova é insuficiente para condenação. Alegando, ainda, que praticou o ato albergado pela excludente de legítima defesa.

Pugna, também, pela aplicação do princípio da insignificância e, alternativamente, requer o reconhecimento da confissão espontânea, e a substituição da reprimenda corporal.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 184/199 e 201/223).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 227/242).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

A. F. N. interpõe Apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, suspensa condicionalmente pelo prazo de 02 (dois) anos, pela prática do crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal).

Narra a denúncia que, aos 24 de janeiro de 2010, por volta das 21h30min, o acusado ofendeu a integridade corporal de G. A. de O., sua ex-companheira, agredindo-a com socos que resultaram em lesões corporais.

Processado e condenado insurge-se o acusado aduzindo, preliminarmente, a nulidade do feito por ausência de fundamentação na decisão que recebeu a exordial acusatória.

> Sem razão, porquanto *"a decisão de recebimento da petição inicial não necessita de fundamentação exauriente, pois não é ato decisório, mas de mera admissibilidade da acusação. Além disso, o recebimento indica, ainda que implicitamente, que houve o exame das provas anexadas à exordial. Por outro lado, caso haja motivação no recebimento, corre-se o risco de haver prejulgamento dos fatos."* [1]

Alega, ainda, nulidade decorrente da não designação de audiência prevista no art. 16, da Lei n. 11.340/06.

A audiência preliminar não possui caráter obrigatório e, menos ainda, natureza jurídica de condição de procedibilidade da ação penal.

In casu, não há qualquer indício de que a vítima pretenda se retratar da representação anteriormente ofertada, de modo que não haveria qualquer necessidade de designar o mencionado ato processual.

1 BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal anotado*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.756.

Como se não bastasse, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424, decidindo que ao dar *"interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n. 11.340/2006, 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"*.

Assim não há falar em audiência para retratação da vítima ante a impossibilidade de tal instituto nas ações penais públicas incondicionadas.

Rejeitadas as prefaciais passa-se ao mérito do apelo.

Sustenta a defesa que a prova é insuficiente para a condenação, bem como alega a ocorrência de legítima defesa ou, ainda, a aplicação da insignificância.

O acusado deixou de comparecer em juízo para ofertar sua versão dos fatos (f. 113).

Por sua vez, a vítima G. A. de O. declarou (f. 107):

> *"que conviveu com o acusado dois anos e possui um filho em comum; que o acusado sempre foi uma pessoa violenta; que já registrou diversos BOs em desfavor dele; (...) que o acusado estava alcoolizado no dia dos fatos; que discutiu com o acusado porque ele começou a dizer que a declarante estava tendo um caso com a mulher do sobrinho dele; que chegou a chamar a declarante de 'sapatão'; que não agrediu o réu e nem tentou se defender porque estava com uma criança de colo; que o acusado deu um soco no olho e outro na boca da declarante no decorrer da discussão e também tentou enforcar a declarante."*

Corroborando tais declarações verifica-se o depoimento de A. A. de O. (f. 106):

> *"que não presenciou os fatos; que quando chegou a polícia se encontrava na casa da vítima e do réu; (...) que chegou a ver a vítima com o olho roxo; que a vítima contou que o acusado segurava o menino no colo e quando ela tentava pegar a criança ele batia nela; que a vítima disse que o acusado desferiu socos e pontapés nela."*

A autoria é certa e recai sobre o acusado. Igualmente a materialidade delitiva restou comprovada nos autos, conforme se extrai do *"laudo de exame de corpo de delito"* (f. 11).

Logo, a condenação é medida de rigor.

De outro vértice, não há indícios de que o acusado agiu em legítima defesa, vez que a prova colhida não demonstra a existência de qualquer agressão por parte da vítima em seu desfavor.

Acerca do ônus da prova da defesa na demonstração da excludente, Guilherme de Souza Nucci leciona:

> *"É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que terá esta menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório.*" [2]

Outrossim, não prospera a pretensão de aplicação do princípio da bagatela imprópria, vez que o bem ofendido não pode ser afastado, nem as consequências da prática delitiva poderão ser desprezadas.

2 *Código de Processo Penal comentado*, 11 ed., São Paulo: RT, 2012, p. 363.

Ademais, o intuito da Lei n. 11.340/2006 foi criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, como determinado no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, o que é incompatível com a aplicação do princípio da insignificância.

O delito foi cometido em contexto de evidente afronta à ordem jurídica e à paz social, e eventual reconhecimento do princípio da insignificância serviria, tão somente, para fomentar comportamentos que violam a ordem pública e a segurança dos cidadãos.

Alternativamente, requer o reconhecimento da confissão espontânea, bem como requer a substituição da reprimenda corporal.

Sem maiores delongas rejeita-se o pedido de aplicação da atenuante, porquanto o acusado não compareceu nem mesmo na fase inquisitiva para ofertar sua versão sobre os fatos não havendo, portanto, falar em confissão (f. 19 e f. 113).

Finalmente, há de ser acolhida a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a violência ou grave ameaça mencionada no art. 44, I, do Código Penal, não é impeditiva à concessão do benefício ao crime de lesão corporal leve. É o que se extrai do voto condutor proferido no *H.C. n.* 87.644/RS [3]:

> *"**Como se trata de lesão leve** e de simples ameaça, a ofensa resultante daquela e **a decorrente desta não dizem respeito à violência e à grave ameaça a que se refere o inciso I do art. 44 do Cód. Penal.***
>
> ***Violência e grave ameaça são resultantes de atos mais graves do que os decorrentes dos tipos legais dos arts. 129 e 147. Na lesão leve (ou simples), até poderá haver alguma violência, mas não a violência impeditiva da substituição de uma pena por outra**; do mesmo modo, relativamente à ameaça, até porque, sem ameaça, nem sequer existiria o tipo legal. Com isso, estou entendendo que lesão corporal leve (ou simples) e ameaça admitem, sempre e sempre, sejam substituídas as penas. Explico-me melhor quanto ao disposto no inciso I: sendo lesão corporal de natureza leve, diferente é a violência se violência há; sendo ameaça, é óbvio que ameaça haverá de ocorrer.*" (Destaques não originais).

Assim, tenho por equivocado o argumento de que a Lei n. 11.340/06 veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O principal alvo da referida legislação é evitar os benefícios previstos na Lei dos Juizados Especiais, entre eles o pagamento de cestas básicas, prestação pecuniária ou de multa, isoladamente, conforme determina o seu art. 17, do referido ordenamento.

De outro lado, a pena privativa de liberdade deve ser convertida em limitação de final de semana conforme requisitos e condições a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal, pois é certo ser impossível substituí-la por prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra medida, conforme disposição expressa do art. 46, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo interposto por A. F. N.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal)

De uma análise detalhada dos autos, acompanho o e. Relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, no tocante à rejeição das preliminares arguidas, à manutenção da condenação e ao não reconhecimento da confissão espontânea.

3 6ª T., rel. Min. NILSON NAVES, DJ 30/06/2008.

Divirjo, todavia, da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

É que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos encontra óbice no art. 44, I[4], do Código Penal, que veda expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

No caso concreto a violência restou demonstrada, eis que o apelante desferiu soco contra a vítima, que ficou com o olho roxo, conforme exame de corpo de delito (f. 12-3).

Por oportuno:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – PROMESSA DE CAUSAR MAL INJUSTO E GRAVE – CRIME CONFIGURADO – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXISTÊNCIA DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITO – IMPOSSIBILIDADE – PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Se o conjunto probatório deixou evidente que o agente prometeu causar mal injusto e grave (ameaça de morte) a sua ex-esposa, com a intenção de perturbar sua liberdade psíquica e tranquilidade, intimidando-a, não há falar em absolvição.*
>
> *Havendo apenas uma circunstância judicial negativa ao agente (maus antecedentes), deve ser reduzida a pena-base para próximo do mínimo legal.*
>
> *Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito por expressa vedação legal (art. 44, I, CP), bem como porque, diante dos antecedentes do apelante, ela não seria suficiente para a prevenção e reprovação do delito (art. 44, III, CP)."*[5]
>
> *"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. LESÃO CORPORAL LEVE E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. (2) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44, I E III, DO CÓDIGO PENAL. 'WRIT' NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do 'habeas corpus', em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. 'In casu', foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*
>
> *2. O artigo 44 do Código Penal estabelece requisitos que, se preenchidos, autorizam a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Todavia, 'in casu', diante dos crimes praticados pelo paciente (lesão corporal leve e ameaça), bem como em razão dos maus antecedentes - uma vez que já respondeu por crime da mesma espécie -, não restam preenchidas as hipóteses dos incisos I e III do referido artigo.*
>
> *3. 'Habeas corpus' não conhecido."*
>
> (*HC* 234.426/MS, Relª. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04.04.2013, DJe 16.04.2013).

4 "*Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;"

5 *Apelação Criminal - Detenção e Multa - N. 2011.034109-6/0000-00 - Campo Grande. Relatora - Exmª. Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes. Julgamento: 30.01.2012.*

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

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).

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso interposto por A F N.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

Rememorando, é apelo interposto por A F N. contra sentença que o condenou à pena de 1 ano de detenção em regime aberto, com suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos, pela prática do crime de lesão corporal em violência doméstica.

Preliminarmente pugna pela nulidade do processo por falta de fundamentação no recebimento da denúncia e pela não realização da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06.

No mérito, pleiteia a absolvição, ante a insuficiência de provas. Subsidiariamente requer a aplicação do princípio da insignificância e, alternativamente, pelo reconhecimento da confissão espontânea e a substituição da pena corporal.

O Relator dá parcial provimento ao recurso defensivo, apenas para substituir a pena privativa por restritiva de direitos.

O Revisor nega provimento ao recurso defensivo.

Vou acompanhar o e. Relator para preservar a condenação, porquanto há prova segura revelando que o réu praticou o delito contra si imputado.

Divirjo, entretanto, relativamente à dosimetria da pena e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O magistrado singular fixou a pena com lastro nas seguintes razões:

"Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, atendendo à culpabilidade, que se apresenta acentuada, uma vez que a ofendida segurava uma

criança no colo quando o réu começou a agredi-la, dificultando qualquer defesa, além da própria criança ter corrido risco de ser atingida pelos golpes desferidos por ele; aos antecedentes; à conduta social, eis que demonstram os autos ser o réu dado ao consumo de bebida alcóolica, o que inclusive se observa das declarações da ofendida, que salientou que ele se encontrava alcoolizado por ocasião dos fatos; à personalidade do agente, posto que evidencia o processo ser o acusado pessoa agressiva, tanto é que pela ofendida foi asseverado que este não é fato isolado, uma vez que já foi agredida fisicamente outras vezes, fato confirmado pela testemunha A. de O.; aos motivos; circunstâncias, tendo em vista que antes de agredir a ofendida, o réu proferiu xingamentos chamando-a de 'sapatão' e mencionando que estaria tendo um caso com a mulher do sobrinho dele; e conseqüências do crime, notadamente pelo fato do delito ter sido praticado em decorrência de relações domésticas, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO, pena que torno definitiva em razão da inexistência de outras agravantes e atenuantes genéricas, causas de aumento ou diminuição da pena, devendo o acusado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em REGIME ABERTO. Considerando o disposto no art. 44, I, do Código Penal, a pena privativa de liberdade não pode ser substituída por penas restritivas de direitos quando o delito for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, hipótese tratada nos autos, em que o crime foi praticado com violência à pessoa, no caso a vítima G. A. de O., em decorrência de violência doméstica e familiar, até porque o objetivo da legislação é amparar o respeito à dignidade da mulher, em típica política afirmativa para recompor a trajetória de injustiças que a mulher vem sendo vítima ao longo da história, consoante os princípios contidos na "Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher", promulgada no Brasil através do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002. Sendo assim, e considerando não ser recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, em razão da medida não ser socialmente eficaz face aos princípios contidos nos Tratados Internacionais que fundamentam a legislação, notadamente a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tem o acusado direito público subjetivo à suspensão das penas, nos termos do art. 77 e incisos, do Código Penal, de forma que concedo ao réu o benefício da suspensão da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, em razão de estarem devidamente satisfeitos todos os requisitos para concessão do 'sursis, ficando o reeducando sujeito às seguintes condições, consoante permite o art. 78, § 2º, do Código Penal e por serem mais benéficas ao réu e de maior efetividade na ressocialização: a) Frequentar obrigatoriamente 10 (dez) oficinas de reflexão, de 03 (três) horas cada, do "Projeto de Penas Alternativas e Violência de Gênero: Sensibilização de Homens Autores contra a Mulher," vinculada à Coordenadoria Estadual de Defesa da Mulher, devendo comparecer neste edifício do fórum (Rua da Paz n. 14, 2º Andar, Bloco II - Antiga sala do DEP), para instruções iniciais; b) Proibição de frequentar bares ou locais de venda e consumo de bebidas alcoólicas e drogas; c) Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do Juízo; d) Comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades."

Começo afastando a valoração desfavorável da conduta social e personalidade do agente.

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 - *H.C.* 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 consequências 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 R.S., 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 violenta", inexistindo nestes autos elementos hábeis que possam permitir que o julgador profira "diagnóstico" de tal natureza.

Afasto também a valoração negativa da culpabilidade no tocante ao crime de lesão corporal, pois a agressão perpetrada contra a companheira com prevalência das relações domésticas é inerente ao tipo previsto no § 9º do artigo 129 do Código Penal.

Refuto também a reprovação que recai sobre os motivos do crime, pois não constitui fundamento idôneo dizer que "mostram-se maléficos, pois o evento derivou-se de razões ignóbeis". Cuida-se de argumento genérico que serviria para qualquer delito abstratamente considerado.

Anoto ainda que a insegurança e o temor resultantes dos crimes são inerentes aos tipos penais de lesão corporal e ameaça.

Afasto também a valoração negativa dos antecedentes criminais, tendo em que vista que as ações mencionadas na referida certidão (p. 35), foram extintas sem julgamento do mérito.

Por conseguinte, na primeira fase do crime de lesão corporal fica reduzida para 05 meses de detenção, pena que torno definitiva em razão da inexistência de outras agravantes e atenuantes genéricas, causas de aumento ou diminuição da reprimenda.

Mantenho o regime prisional inicial aberto, nos mesmos termos do magistrado *a quo*.

Ressalvo ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade, tendo em vista que o réu não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, pois, não obstante a pena imposta tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, trata-se de delito cometido com violência contra a vítima, o que impossibilita a pretendida substituição, conforme decidiu o juízo singular.

Nesse sentido:

> *"'Habeas Corpus'. 2. Lesão corporal leve praticada no âmbito doméstico ou familiar. Lei 11.340/2006. Condenação. Detenção. Pena inferior a 4 anos. Crime cometido com violência à pessoa. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Impossibilidade. Art. 44, I, do CP. 4. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada."* (*H.C.* 114703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16.04.2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081. DIVULG. 30.04.2013. PUBLIC. 02.05.2013).

Diante do exposto, acompanho em parte o e. Relator para dar parcial provimento ao recurso interposto por A F N., em maior extensão, a fim de: a) na mensuração da pena-base afastar a valoração negativa da personalidade, conduta social, culpabilidade, motivos e consequências dos delitos; b) redimensionar a pena do recorrente para 05 meses de detenção pelo crime previsto no § 9º do artigo 129 do Código Penal, mantida a suspensão condicional da mesma.

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 E PARCIALMENTE, O 2º VOGAL, QUE DAVA EM MAIOR EXTENSÃO.

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, MS, 15 de julho de 2013.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0802348-16.2012.8.12.0005/50000 - Aquidauana
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES – EXECUÇÃO PENAL – POSSE DE TELEFONE CELULAR – FALTA GRAVE – CONFIGURAÇÃO – NÃO PROVIMENTO.

A posse de aparelho celular é suficiente para caracterizar falta grave, nos termos do art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, não havendo exceções legais para sentenciados que cumpram penas em ambiente externo ou regime menos gravoso.

Embargos Infringentes em Agravo de Execução Penal a que se nega provimento por falta de sustento fático-legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, improver os embargos. Ausentes, justificadamente, o Des. Romero Osme Dias Lopes, e por férias, os Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence e Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 24 de setembro de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de recurso de Embargos Infringentes interposto por José Barbosa Alves, a fim de fazer prevalecer o voto vencido que dava provimento ao Agravo de Execução Penal, no sentido de aceitar a justificativa apresentada para a falta grave cometida e, por via de consequência, reestabelecer o regime semiaberto para continuidade do cumprimento da reprimenda.

Aduz que o sentenciado não precisaria fazer uso de aparelho de telefonia celular no interior do presídio quando possuía acesso fácil a tal meio durante o tempo que exercia o trabalho externo junto ao Batalhão da Polícia Militar Ambiental de Aquidauana.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 09/11).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

José Barbosa Alves opõe Embargos Infringentes objetivando a prevalência do voto vencido, que aceitava a justificativa apresentada para a falta grave cometida e, consequentemente, reestabelecia o regime semiaberto para continuidade do cumprimento da reprimenda.

Segundo consta, o paciente foi flagrado na posse de 01 (um) aparelho de telefonia celular e 01 (um) carregador quando retornava ao presídio, vindo do trabalho externo que desempenhava junto ao Batalhão da Polícia Ambiental de Aquidauana.

Sustenta que o art. 50, VII, da Lei n. 7.210/84, não tem nenhuma efetividade em casos tais, eis que o condenado passa a maior parte do tempo fora do estabelecimento e tem acesso à utilização de telefone e amplo contato com o mundo exterior.

A pretensão trazida a juízo não merece a mínima guarida.

Ao impor uma sanção penal assume o Estado o dever de restringir o direito de liberdade, com o fito de punir o condenado, prevenir o cometimento de novos delitos e, especialmente, promover a sua ressocialização.

Para tanto, previu o legislador (art. 112, da Lei de Execução Penal), que a pena privativa de liberdade será executada de modo progressivo, mediante a colocação gradual do sentenciado em liberdade, conforme demonstre aptidão para tanto.

A respeito leciona a doutrina:

> *"a essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade."* [1]

Destarte, conclui-se que a conduta carcerária do reeducando é essencial e influi diretamente para alcançar o benefício de mudança do regime progressivo, ou até mesmo para regredi-lo para outro mais gravoso.

In casu, é incontroverso que o sentenciado incidiu em falta grave (art. 50, VII, da Lei de Execução Penal), porquanto foi surpreendido na posse de 01 (um) aparelho de telefone celular e 01 (um) carregador.

E, ao contrário do alegado pela defesa, o fato de o condenado ter sido autorizado a realizar trabalho externo não constitui permissivo para que ingresse com tal aparato no estabelecimento prisional, pois é certo que a própria Lei de Execução Penal não alberga tal possibilidade.

Com efeito, o argumento defensivo é disparatado na medida em que a proibição legal visa impedir não só que o sentenciado utilize-se do telefone celular, mas também que introduza tal instrumento dentro do presídio para serem utilizados pelos demais detentos.

Como se não bastasse, o reeducando desempenhava trabalho externo junto ao Batalhão da Polícia Ambiental de Aquidauana, local em que, devido ao elevado grau de segurança e monitoramento, certamente não se comunicava através da telefonia celular, fulminando a ótica da defesa.

1 *H.C.* 210.618, 5ª T., Rel. Min. GILSON LANGARO DIPP, j. 02.08.2011, DJ 17.08.2011.

No ponto, conveniente trazer à colação parte da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo [2]:

> *"Em primeiro lugar, quanto à aplicação do art. 50, inciso VII, da Lei de Execuções Penais, em estabelecimentos prisionais de regime semiaberto é de rigor. A lei não faz diferenciação entre os tipos de estabelecimentos prisionais. A proibição de se possuir aparelho de telefonia celular dentro desses estabelecimentos é para todos os presos, sem exceção e como bem salientado pelos representantes do 'Parquet', os reeducandos são cientificados das proibições assim que são incluídos no sistema.*
>
> *Não há que se falar que devido à possibilidade de se usar telefone público no regime semiaberto, seja permitido o uso de telefone celular. Aliás, tanto se sabe que há essa proibição, que o referido aparelho apreendido encontrava-se escondido dentro do pão.*
>
> *Desta forma, temos que o preso tem o dever de executar as ordens do estabelecimento penal em que está recolhido e a inobservância desta regra implica em cometimento de falta grave, de maneira que ao possuir um aparelho de telefonia celular, o preso está desobedecendo as ordens do estabelecimento penitenciário. É público e notório o efeito nocivo que tal conduta gera, já que, na maioria das vezes, estes presos são "filiados" a facções criminosas que acabam por 'comandar' ações dentro e fora dos presídios e estas pessoas 'gerenciam' tais ações. Ainda que não existissem tais facções, o simples fato de um preso possuir um telefone celular gera um desassossego nas pessoas que vivem em nossa sociedade. Isto porque este preso pode, a qualquer momento, ordenar ações criminosas, ainda que isoladas, prejudicando e até, tirando vidas de pessoas de bem e até mesmo, inocentes. E, ainda, que tais presos não utilizassem o telefone celular para práticas criminosas, a sua posse representaria uma regalia dentro do presídio e se, fosse isto permitido, os estabelecimentos penais possuiriam telefones públicos em suas dependências, ou até mesmo, telefones a disposição dos detentos, o que seria um absurdo."*

Neste sentido:

> *"'Habeas Corpus'- Alegação de inexistência de falta grave na mantença de bateria de telefone celular em cela - Arguição de que tal procedimento não encontra guarida no artigo 50, da Lei n. 7.210, de 1984 - Inadmissibilidade - Apreensão também de fio de antena e um telefone celular - Ordem denegada. No caso concreto, que o paciente, na posse de aparelho de comunicação de uso vedado no sistema prisional, e declaradamente simpatizante de grupo criminoso organizado, que, de regra, tem na sua forma de proceder empregar telefones celulares para gerar rebeliões dentro de presídios, pratica falta grave ao ser surpreendido se livrando desse meio de comunicação."* ('*Habeas Corpus*' n. 468.139-3/9 - Bauru – 4ª Câmara Criminal Relator: Marco Antônio Pinheiro Machado Cogan - 24.05.2005 - V.U.) JUBI 110/05.

A este respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"Evidenciada a tentativa do apenado de ingressar na casa prisional na posse de aparelhos de telefone celular, enquanto descontava pena em regime semiaberto, resta configura a prática de infração disciplinar de natureza grave, com fulcro no art. 50, inciso VII, da LEP."* [3]

Esta Corte de Justiça também já teve oportunidade de se manifestar, decidindo:

2 AgEx 990.09.212951-1, 3ª Câm. Crim., rel. Des. RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, j. 12.01.2010.

3 MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal,* 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123/124.

"'HABEAS CORPUS' – PRÁTICA DE FALTA GRAVE – POSSE DE APARELHO CELULAR – ART. 50, INCISO VII DA LEP – REGRESSÃO DE REGIME – POSSIBILIDADE – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS – DENEGADO.

A posse e uso de aparelho celular nas Dependências do Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, de acordo com o disposto no art. 50, VII da Lei n. 7.210/84, é considerada falta grave, à luz do disposto no inciso I do art. 118 da LEP, o que justifica a regressão de regime prisional." [4]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso manejado por José Barbosa Alves.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM OS EMBARGOS. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, O DES. ROMERO OSME DIAS LOPES, E POR FÉRIAS, OS DESEMBARGADORES RUY CELSO BARBOSA FLORENCE E LUIZ GONZAGA MENDES MARQUES.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, MS, 24 de setembro de 2013.

***

4 *'H.C.'* 2010.034966-6, 1ª Câm. Crim., rel. Des. JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA, DJ 06.12.2010, p. 60.

Seção Criminal
Ação Penal n. 0012503-97.2010.8.12.0000 - Bodoquena
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AÇÃO PENAL DE PROCEDIMENTO ORIGINÁRIO – CRIME DE FALSA PERÍCIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ATO DE EXUMAÇÃO AFASTADA – DOLO EVENTUAL – CONCURSO MATERIAL – JULGADA PROCEDENTE A DENÚNCIA – CONDENAÇÃO.

1. Na preliminar, não assiste razão ao acusado quanto à ilegalidade suscitada, pois o Delegado de Polícia tem competência para determinar a exumação do cadáver, como ocorreu *in casu*, com fulcro no inciso VII, do art. 6º, do Código de Processo Penal e art. 163 da mesma Lei. Quanto ao administrador do cemitério e aos familiares, a Lei não prevê a necessidade da presença destes durante o ato, entretanto, são úteis nas diligências para informar o local onde se encontra o cadáver – art. 163, parágrafo único, do CPP – e, também, identificá-lo.

2. Em análise aos autos, restou-se comprovado o dolo eventual do acusado, vez que, realizou perícia falsa atestada em um laudo cadavérico e um laudo de exame de corpo de delito, contrariando, ainda, os princípios da medicina legal.

No exame cadavérico, o réu foi alertado, antes de proceder a necropsia, que no local dos fatos havia evidências de um provável homicídio, mas, por motivos questionáveis, atestou morte natural, realizando assim, falsa perícia, pois quando da exumação, ocorrida doze dias após o laudo necroscópico ainda foi possível a identificação. Ressalta-se a obrigação do acusado em fazer a análise interna do cadáver, a fim de averiguar o verdadeiro motivo que levou ao falecimento da vítima, o que não ocorreu neste caso. Por outro lado, se este não tinha capacidade de atestar a *causa mortis* por falta de equipamentos ou de assistentes, seu dever era de suscitar tais fatos para que outro o fizesse e não atestar algo que não corresponde com a verdade.

No exame de corpo de delito, o réu atestou que um detento havia sofrido lesão corporal e quando ocorreu a nova perícia no mesmo dia, fora constatado que não haviam tais lesões e, também, ao relacionar as características das lesões constatadas pelo acusado com a época da produção, estas não são compatíveis no âmbito da medicina legal.

3. O réu incorreu em concurso material, visto que, realizou duas perícias falsas (art. 69 do Código Penal).

Isto posto, julgo procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar o réu Jun Iti Hada, como incurso na sanção previstas pelo art. 342 c/c art. 69, ambos do Código Penal, à pena total de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente a Ação Penal. Ausentes,

justificadamente, o Des. Romero Osme Dias Lopes, e por férias, os Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence e Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 24 de setembro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

O Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, com base no Pedido de Providência MP/0070/09-PP, ofereceu denúncia contra Jun Iti Hada, já qualificado nos autos, dando-o como incurso na sanção prevista pelo art. 342 c/c art. 69, ambos do Código Penal, pela seguinte prática delitiva:

> **"1. Da falsa perícia quando da realização do exame de corpo de delito no cadáver de Wálter Ferreira de Souza.**
>
> *Consta dos autos de Pedido de Providência MP/0070/09-PP instaurado no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, o qual instrui a presente denúncia, que no dia 15 de março de 2008, por volta das 15h, em Bodoquena/MS, a pedido de um funcionário, policiais militares se deslocarem até o hotel-fazenda Betione, situado na zona rural do município de Bodoquena, ocasião em que encontraram, dentro de um dos salões do estabelecimento, o cadáver de Walter Ferreira de Souza, vulgo 'Walter Coco', capataz da fazenda.*
>
> *Imediatamente após observarem o local, os policiais constataram a prática de um homicídio porquanto havia várias cápsulas deflagradas pelo chão (próximo delas existiam algumas gotas de sangue); perfurações nas paredes da varanda e do salão em que foi encontrado o cadáver, sendo que ao redor deste havia elevada quantidade de líquido escuro, com aparência de sangue (conforme termos de declarações juntados às f. 115-116, 118-19 e 121-122)".*
>
> *De acordo com o laudo de vistoria no local de crime, os peritos concluíram que:*
>
> *O local periciado fora cenário de morte (cadáver encontrado em 15/03/2008) segundo consta na referida requisição de exame pericial; todo o local apresentava características semelhantes àqueles de morte violenta em que há luta corporal entre vítima e seu(s) oponente(s).*
>
> *O cadáver foi imediatamente transportado para o necrotério local, onde, na manhã do dia seguinte (16 de março de 2008), foi submetido a um exame de corpo de delito pelo então médico-legista, Dr. Jun Iti Hada.*
>
> *Apesar de ser cientificado de que no local ocorrera um homicídio, o denunciado, com* **o nítido propósito de fazer afirmação falsa** *a respeito da realidade ali constatada, relatou e concluiu o seguinte (fl. 27):*
>
> *(...) não foi encontrada nenhuma lesão corporal externa tipo perfuração por projétil, estrangulamento, facada, fraturas, hematomas, etc. (grifou-se).*
>
> ***A causa mortis procedeu-se em virtude de morte natural (possível infarto agudo do miocárdio).** (grifou-se).*
>
> *O denunciado, que é médico-legista há aproximadamente 23 anos, nem sequer abriu o cadáver para realizar uma perícia mais acurada.*

A conduta dolosa do denunciado restou mais evidente após a exumação do cadáver quando a perícia constatou que as vestes do periciado possuíam perfurações, as quais coincidiam com as duas perfurações existentes na região do hemitórax. Verificou-se também que havia sofrido uma perfuração no átrio esquerdo, isto, no coração, bem como observaram que havia fuligem no polegar e no indicador da mão direita; fratura do segundo pré-modular inferior direito com área de hematoma local; cartilagem fraturada; sinais visíveis de hematoma em toda a região cervical; presença de mancha vermelha com característica de sangue na camiseta que vestia; e na mão esquerda com região dorsal com caracteres de sangue.

Portanto, verifica-se que o denunciado ***fez afirmação falsa*** *ao elaborar laudo pericial para instruir Inquérito Policial, em que se investiga homicídio contra a vítima Walter Ferreira de Souza, declarando que a causa mortis decorreu de morte natural, conclusão totalmente dissociada da realidade, inexistido fundada razão para a discrepante controvérsia entre os laudos.*

Há, na verdade, escancarada afronta à ciência médica, pois as conclusões dos laudos periciais só encontram explicação no propósito de falsear a verdade, eis que é inescusável ao experto nomeado cometer erros grosseiros de avaliação.

Assim agindo, o denunciado incorreu na pena do art. 342 do Código Penal, com o seguinte teor:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

2. Da falsa perícia – exame de corpo de delito no detento Eivory Antônio Rocha.

A fim de instruir os autos n. 015.08.000429-0, no dia 26 de março de 2008, por determinação do Juízo da 1ª Vara Criminal de Bodoquena, o denunciado compareceu na DEPOL daquela comarca para realizar exame de corpo de delito no preso provisório Eivory Antônio da Rocha, em razão de suposta agressão ocorrida no dia 21.3.2008.

Na qualidade de médico-legista, o denunciado declarou que o examinado "(...) sofreu agressão física, ocorrido no dia 21/03/2008 pela manhã". E, após proceder ao exame externo, relatou que o detento apresentava: "(...) Equimose de coloração vermelha, medindo 4x9 cm, localizada na região do epigástrio; 2. Equimose na região do flanco esquerdo e região mediana, em alto relevo; 3. Queixa-se de muita dor no hemitórax direito". Ao final do laudo, concluiu que "(...) houve lesão corporal compatível com o histórico".

Porém, após o mencionado detento ser submetido a outro exame ***no mesmo dia*** *pela médica-legista, Dra. Sandra Regina Massuda, constatou-se que: "(...) Ao exame externo não observamos sinais e/ou vestígios de lesão corporal traumática recente (...). Do observado e acima exposto, conclui-se que o examinado não apresenta sinais e/ou vestígios de lesão corporal traumática recente".*

Restou evidente pelas declarações da médica-legista (f. 160) que inexiste fundada razão para a conclusão do laudo elaborado pelo denunciado, eis que ***"o vermelho na pele não é considerado vestígio de lesão corporal****. (...) uma equimose tem uma evolução de aproximadamente três semanas, sendo que, o vermelho da pele constatado pelo profissional até poderia ter desaparecido quando da realização do exame pela declarante*

*(naquele mesmo dia), mas **jamais poderia ser compatível** com o histórico relatado no laudo, cuja agressão se deu no dia 21/03. (...) Não é correto o perito constatar a presença de equimoses de coloração avermelhada, mas, sim, o correto é atestar apenas manchas vermelhas (aguardando a evolução), **não podendo concluir, em hipótese alguma, a existência de lesão corporal**. (...).”*

*Portanto, verifica-se que o denunciado **fez afirmação falsa** ao elaborar laudo pericial para instruir os autos n. 015.08.000429-0, que tramita perante a 1ª Vara da comarca de Miranda, em que se investiga supostos crimes de abuso de autoridade e de tortura, declarando existir lesões corporais no preso Eivory Antônio Rocha, conclusão totalmente dissociada da realidade, afrontando todos os preceitos da ciência médica.*

Assim agindo, o denunciado incorreu na pena do art. 342 do Código Penal”.

Juntado os documentos que instruem a denúncia as fls. 10-906.

Recebida a denúncia em 07.07.2010 (fls. 977-980), o acusado foi devidamente citado (fl. 1.003) e interrogado em Juízo (fl. 1.093-1.099).

O réu, em defesa prévia, arrolou seis testemunhas (fls. 1.005-1.006).

Parecer Médico Legal as fls. 1.085-1.092.

No decorrer da instrução processual, foram inquiridas as quatro testemunhas arroladas na denúncia (fls. 02-08) e quatro das testemunhas arroladas pela defesa (fls. 1.005-1.006), que, posteriormente, desistiu da oitiva das demais (fls. 1.164-1.165).

Certidão de antecedentes criminais as fls. 1.047-1.061.

Em alegações finais, sob a forma de memoriais escritos (fls. 1.208-1.221), o Ministério Público entende que as provas colhidas na instrução processual apontam que o réu incorreu, por duas vezes, no delito previsto no art. 342 do Código Penal, requerendo assim sua condenação, c/c art. 69 do Código Penal.

Por seu turno, a defesa em alegações finais, também sob a forma de memoriais escritos (fls. 1.225-1.252), pugna pela improcedência da denúncia, alegando que o acusado não fizera afirmações falsas nos laudos questionados e, ainda, aduz quanto à ausência de dolo. Afirma, também, que não há provas suficientes para sua condenação.

Vieram-me os autos conclusos (fl. 1.253).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Trata-se de ação penal pública incondicionada, que tem por objetivo apurar a responsabilidade criminal de Jun Iti Hada, anteriormente qualificado, pela prática do delito previsto no art. 342 do Código Penal (falsa perícia) em concurso material – art. 69 do CP.

Em que pese o réu tenha juntado aos autos a sentença absolutória cível do processo de improbidade administrativa, ressalto que decisões da esfera cível não interferem na criminal em razão da independência das instâncias.

Nesse sentido, trago jurisprudências do STJ:

> *"(...) é infundada a alegação de que as conclusões adotadas em procedimento administrativo vinculam o Poder Judiciário. Há independência entre tais instâncias que só é ressalvada quando o juízo criminal (e não a instância administrativa) reconhece a inexistência do fato ou da autoria. (...)".*
>
> (EDcl no AgRg no REsp. 1288970/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 01/06/2012).
>
> *"(...) a/ teor da independência das esferas penal, cível e administrativa, não há interferência destas premissas no âmbito da ação por improbidade administrativa. (...)".* (EDcl no REsp 1116964/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 09/08/2011).

Primeiramente, cabe algumas considerações a respeito do crime de falsa perícia.

Sobre a conduta, leciona a doutrina:

> *"(...) as condutas possíveis são as seguintes: **fazer afirmação falsa (mentir ou narrar fato não correspondente à verdade)**; negar a verdade (não reconhecer a existência de algo verdadeiro ou recusar-se a admitir a realidade); calar a verdade (silenciar ou não contar a realidade dos fatos) (...)".*[1] - g.n.

Quanto aos objetos material e jurídico, explica Nucci:

> *"(...) os objetos materiais podem ser o depoimento prestado, o laudo apresentado, o cálculo efetuado ou a tradução realizada por escrito ou verbalmente. O objeto jurídico é a administração da justiça, que pode ficar comprometida diante das falsidades aventadas".*[2]

Consta nos autos que o acusado, à época dos fatos, na qualidade de médico-legista, teria, supostamente, incorrido no crime de falsa perícia por duas vezes ao realizar exame cadavérico em Walter Ferreira de Souza para atestar a causa da morte e, posteriormente, no laudo de exame de corpo delito realizado no detento Eivory Antônio Rocha para constatar lesões corporais.

Da preliminar

Aduz a defesa quanto à ilegalidade da exumação do cadáver, alegando que o Delegado de Polícia não tem competência para determiná-la.

Ademais, afirma que o administrador do cemitério e os familiares deveriam estar presentes e acompanhar o ato.

Não assiste razão ao acusado, pois o Delegado de Polícia tem competência para determinar a exumação do cadáver, como ocorreu *in casu*, com fulcro no inciso VII, do art. 6º, do Código de Processo Penal e art. 163 da mesma Lei.

Em análise ao artigo 163 do CPP, a doutrina ensina:

> *"**Exumação:** A exumação pode ser necessária para realizar-se a autópsia, quando surge dúvida sobre a ocorrência da causa mortis (...). Aliás, pode ser fruto do inconformismo de qualquer das partes diante de um exame malfeito (...)*
>
> ***Autoridade:** trata-se da autoridade policial, que é a encarregada de determinar a realização da autópsia (art. 6.º, VII, CPP), aliás, como vem exposto no parágrafo único*

1 Nucci, Guilherme de Souza – Código Penal Comentado, 9ª ed., 2008, p. 1.147.

2 Nucci, Guilherme de Souza – Código Penal Comentado, 9ª ed., 2008, p. 1.153.

do art. 163 do CPP, demonstrando que o delegado empreenderá a investigação necessária para descobrir o local onde está enterrado o corpo. Nada impede, no entanto, que o juiz determine a realização da exumação, que será conduzida pela autoridade policial de toda forma".[3]

Quanto ao administrador do cemitério e aos familiares, a Lei não prevê a necessidade da presença destes durante o ato, entretanto, sabe-se que são úteis para informar o local onde se encontra o cadáver – art. 163, parágrafo único, do Código de Processo Penal – e, também, identificá-lo.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Do exame necroscópico no cadáver de Wálter Ferreira de Souza

A materialidade e a autoria do delito estão consubstanciadas nos laudos de exame de corpo de delito as fls. 34-35 e 89-101.

O Ministério Público, em alegações finais (fls. 1.208-1.221), afirma que apesar do acusado ter sido informado sobre as condições nas quais o cadáver fora encontrado – com evidências de morte violenta, concluído em razão do cenário do crime – o denunciado teria emitido laudo atestando morte natural de Wálter Ferreira de Souza, no entanto, posteriormente, após realizada a exumação do cadáver, a perícia constatou que as vestes do periciado possuíam perfurações coincidentes com duas perfurações existentes no hemitórax e demais características de homicídio".

Consta no laudo n. 06/2008 (fl. 34-35), atestado pelo acusado:

*"**PREÂMBULO.***

(...) a fim de atender requisição do Dr. PAULO HENRIQUE SÁ, o infra- assinado perito Médico-legista, do Instituto Médico Legal, foi designado para realizar o EXAME DE CORPO DE DELITO NECROSCÓPICO (...).

HISTÓRICO.

Consta em requisição de exame necroscópico, que a morte ocorreu dos dias 12/03/08 a 15/03/08, no seguinte local: Banheiro de um quarto do Hotel Betione, município de Bodoquena/MS, em consequência de Homicídio, por Projétil de arma de fogo.

(...)

AINDA AO EXAME EXTERNO, OBSERVAMOS:

(...)

02 - (...) Apesar do estado de decomposição do cadáver, não foi encontrada nenhuma lesão corporal externa tipo perfuração por projétil, estrangulamento, facada, fraturas, hematomas, etc.

(...)

04 - Não procedemos à abertura do cadáver, face ao estado de putrefação do cadáver e também em detrimento da falta de recursos humanos e recursos técnicos.

3 Nucci, Guilherme de Souza – Código de Processo Penal Comentado, 11.ª ed., p. 396-397.

> ***IV - EXAME INTERNO:*** *Decidiram os Peritos dispensar a abertura das cavidades baseados no Art. 162 do C.P.P.*
>
> *(...)*
>
> ***QUESITOS:***
>
> *1. Houve Morte? SIM.*
>
> *2. Qual A Causa Da Morte? INFARTO AGUDO DO MIOCÁRDIO.*
>
> *2. Qual O Instrumento, Agente Ou Meio Que A Produziu? MORTE NATURAL".*

Transcrevo trecho do histórico da ocorrência n. 59/2008 (fl. 39):

> *"(...) a guarnição da polícia (...), acionaram este plantão, para comparecer até o HOTEL FAZENDA BETIONE, e que* ***segundo a guarnição, havia ali uma vítima de homicídio****. Ao chegar no local foi constatado o fato, tratava-se de vítima fatal (...).* ***No local havia vários sinais de disparos de arma de fogo, além de cartuchos deflagrados, e os projéteis, em várias partes das paredes e portas.*** *Quem solicitou a guarnição da polícia militar foi a senhora IDALINA (...).* ***A Sra IDALINA, informou que no dia 12 de março de 2008, a vítima ligou dizendo que havia visto homens dentro do hotel e que os mesmo estavam atirando contra o estabelecimento,*** *sendo efetuado telefonema para a PM de Bodoquena, mas depois disso, não teve mais notícias da vítima (...)".* (*sic*) - g.n.

Marcos Marques da Silva afirma (fl. 41):

> *"(...) QUE chegando ao hotel, um dos policiais Militares, sentindo o cheiro de carniça e vendo que haviam munições e marcas de disparos, subiu pelos fundos, abrindo a janela do banheiro, e dando a notícia de que havia um cadáver no interior; QUE o PM pediu que RICARDO reconhecesse o cadáver, ao que o mesmo afirmou ser o seu caseiro WALTER (...)".*

Mirian Rodrigues de Oliveira aduz as fls. 42-43:

> *"(...)* ***QUE tomou conhecimento de que WALTER ligou para IDALINA dizendo que entraram no hotel três homens armados e que começaram a atirar****; QUE depois disso, foi ligado no telefone 190 de Bodoquena para informar o que ocorria (...) que tentaram entrar em contato com WALTER, mas o telefone não atendia (...)".* - g.n.

Adair Carneiro Neto narra (fls. 44-45):

> *"(...)* ***QUE tomou conhecimento, através de sua avó MARIA DO CARMO, que a vítima ligara para ela informando que tinham atirado por perto do hotel, e que o mesmo estaria escondido no hotel****; QUE depois disso o depoente, ligou para o 190 de Bodoquena informando que havia ocorrido tiros no hotel (...)".* - g.n.

Idalina Insuralde descreve (fls. 46-47):

> *"(...)* ***QUE chegando em Campo Grande por volta das 17:00 horas, e logo em seguida seu WALTER ligou (...) para a depoente (...) dizendo que havia entrado um homem de estatura baixa, pelos fundos do hotel, e que WALTER, a vítima, disse que tinha pedido para a pessoa deixar o hotel****, e que esse homem disse que estava averiguando em nome de REGINA; (...)* ***QUE por volta das 20:00 horas a sogra da depoente, MARIA DO CARMO, recebeu nova ligação de WALTER, na qual o mesmo relatava que a mesma pessoa teria voltado com mais quatro homens e começaram a atirar dentro do Hotel****;*

> *QUE depois disso, MARIA DO CARMO ligou para a PM avisando que tinha ocorrido um tiroteio e invasão no hotel (...)* ***QUE depois disso WALTER parou de atender o telefone*** *(...).”* - g.n.

Eroilda Albuquerque aduz as fls. 51-52:

> *“(...)* ***Que a declarante continuou falando com WALTER e ele disse para a declarante que ele havia acabado de chegar à pousada e que o mesmo havia atropelado um ladrão que estava saindo do interior da pousada****; Que neste momento a ligação caiu e declarante não mais conseguiu falar com WALTER (...)”.* (*sic*) - g.n.

O policial militar Ramão César Aguirre de Campo declara as fls. 63:

> *“(...) QUE dirigiram ao hotel, os PM's na viatura e os membros da família CANEIRO em outro veículo (...) QUE ao chegarem no local (...) o declarante sentiu um forte odor de podridão e moscas voando por baixo da porta do Salão Piraputanga;* ***QUE já na porta da frente havia marcas de tiros e pés, indicando violência, bem como outros cômodos estavam alvejados por projéteis de arma de fogo*** *(...);* ***QUE o local parecia ser local de morte violenta, mas nada pode afirmar, porque isso depende de exame próprio*** *(...)”.* - g.n.

Ainda, ao comparecer à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda a fim de prestar esclarecimentos, este afirma (fls. 112-123):

> *“(...) O declarante observou que na porta de entrada do salão, bem como na sala de espera ou refeitório havia sinais de disparo de arma de fogo (perfurações). Na varanda, o declarante observou a existência de três cápsulas, já deflagradas, as quais se referem às fotos constantes as folhas 42, 43 e 47 dos autos. Com relação ao cadáver, o mesmo foi observado pela janela (...) o declarante ficou impedido de saber se envolta do corpo havia sangue ou outro líquido semelhante, que normalmente sai do cadáver logo após a morte.* ***Neste ato foram apresentadas ao declarante as fotos constantes às folhas 55/57, sendo que, analisadas de perto, pode afirmar com plena convicção de que o líquido existente no local realmente se tratava de sangue humano. Tal conclusão se dá em virtude do declarante ser policial militar há aproximadamente 18 anos e estar acostumado a atender ocorrência de homicídio”.*** - g.n.

Marlene Larrea declara (fl. 64):

> *“(...) Que a declarante na data de 30.03.2008, por volta das 12h59min, recebeu uma ligação (...) e que do outro lado da linha uma pessoa do sexo masculino identificou-se como sendo o senhor RICARDO CARNEIRO; Que RICARDO CARNEIRO era patrão da vítima (...); Que RICARDO comentou com a declarante sobre os fatos que vitimaram WALTER COCO, dizendo que ele tinha um “VIDEO”, para entregar para a família de WALTER COCO e que ele não tinha nada a ver com os fatos que tiveram como vítima WALTER COCO; Que ele tinha certeza que WALTER COCO tinha sido vítima de homicídio, pois na casa havia cerca de 10 (dez) disparos de arma de fogo e também RICARDO disse para a declarante que a arma que havia matado WALTER COCO era uma das armas que haviam sido apreendidas pela polícia na Pousada que o mesmo arrendava (...); Que segundo a declarante RICARDO disse para ela que foi ele quem havia mandado fazer a exumação do corpo de WALTER COCO, através dos seus advogados, pois ele tinha certeza que WALTER COCO tinha sido matado e não havia morrido por morte natural como estava escrito no atestado de óbito (...)”.*

O policial militar Teodolino César Moreira compareceu à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda e prestou o seguinte esclarecimento (fls. 125-126):

> *"(...) O declarante observou que na porta de entrada do salão, bem como na sala de espera ou refeitório havia sinais de disparo de arma de fogo (perfurações). (...) Na varanda,o declarante observou a existência de três cápsulas, já deflagradas, as quais se referem às fotos constantes as folhas 42, 43 e 47 dos autos. Com relação ao cadáver, afirma que viu a polícia civil e o pessoal da Pax retirarem o corpo do salão, sendo que este foi observado pelo declarante há uma distância aproximada de cinco metros. Esclarece que o corpo estava em estado avançado de putrefação.* ***Não analisou o corpo de perto, não sabendo esclarecer se o mesmo estava com perfuração ou com sangue. Entretanto, na varanda do salão, local em que foram encontradas as cápsulas, o declarante pode observar algumas gotas de um líquido, que ao seu ver, consistia em sangue. Esclarecendo que o sangue observado estava meio seco, coincidindo com a época do ocorrido"***. - g.n.

O policial civil Paulo César dos Reis, a fim de prestar esclarecimentos, também compareceu à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda e afirmou (fls. 128-129):

> *"(...) No local havia vestígios de disparo de arma de fogo (perfurações), bem com várias cápsulas na entrada do salão, no total de três. (...) Pelo cenário apresentado, o declarante vislumbrou fortes indício da existência de um homicídio (...)".*
>
> O laudo de exame pericial as fls. 131-139 informa que:*"Todo o local apresentava características semelhantes àqueles de morte violenta em que há luta corporal entre vítima e seu(s) oponente(s)".*

Consta às fls. 89-101 no laudo de exame de corpo de delito feito no ato de exumação do cadáver da vítima:

> *"(...) Na mão direita presença de fuligem no polegar e indicador. (...)* ***Presença de ferimento, perfuração nas vestes com características de saída, encontrado na altura da região dos arcos costais, estrutura correspondente a cartilagem fraturada. (...) orifício de entrada localizada na face lateral esquerda do hemitórax na linha axilar posterior a esquerda.*** *Toda região cervical apresentava sinais visíveis de hematoma nas proximidades do ferimento.* ***Presença de mancha avermelhada do lado esquerdo posterior da camiseta com característica de sangue. Mão esquerda dorsal com caracteres de sangue. Presença de perfuração no átrio esquerdo correspondente a perfuração produzido por arma de fogo e cujo orifício de saída se localizava na região posterior do hemitorax direito correspondente ao da perfuração das vestes*** *(...)".* - g.n.

Por sua vez, a defesa, em alegações finais (fls. 1.225-1.252), aduz que a denúncia é improcedente, vez que, os dois laudos que realizou *"(...) refletem ou pelos menos refletiam a verdade (...)"*, já que naquela ocasião realmente não encontrou nenhuma perfuração por projétil de arma de fogo no cadáver de Walter Ferreira de Souza.

O réu apresentou-se à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda e prestou a seguinte declaração (fls. 103-105):

> *"(...) Quando da realização do exame, o declarante foi auxiliado pelo agente funerário (...). O exame também foi realizado na presença de Aparecida Sampaio, agente de saúde (...).* ***O cadáver não chegou a ser aberto pelo declarante porque não dispõe auxiliar de necropsia e pelo fato do cadáver não possuir nenhuma lesão externa, sendo que estava em avançado estado de putrefação.*** *(...)* ***Que, devido à falta de lesão externa no cadáver, bem como diante de sua idade, o declarante concluiu que o fato se deu em virtude de morte natural, possivelmente infarto no miocárdio. Quando do exame, o declarante não presenciou a existência de nenhuma substância que levasse à conclusão de que era sangue.*** *Entretanto, esclarece que, normalmente, passadas aproximadamente*

24 horas da morte de uma pessoa, é expelido pelas narinas e boca um líquido escuro (seroso), resultante do estado de putrefação. Esclarece que a pessoa leiga, geralmente, confunde referido líquido com sangue. A diferença, porém, é que esta substância (sangue) é mais denso que o líquido expelido. Esclarece que o cadáver de Walter, ao ser examinado, estava eliminando certa quantidade de líquido, quando da realização do exame. ***Além do corpo, foi presenciado pelo declarante que a roupa do cadáver também não possuía nenhum*** *[sic]* ***perfuração por projétil de arma de fogo.*** *(...)."* - g.n.

Em relação ao laudo de corpo de delito, consta no parecer médico legal, solicitado pelo réu (fls. 1.085-1.091):

"DR. ANTONIO CARLOS GARCIA DE QUEIROZ, PERITO MÉDICO LEGAL, CRM/MS 650, RESIDENTE E DOMICILIADO NESTA CAPITAL, TENDO SIDO SOLICITADO PELO DR. JUN ITI ADA, PARA, PROCEDENDO A EXAME NAS XEROCÓPIAS DOS AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAS 04/09/ CGPC/MS, RESPONDER AOS QUESITOS ADIANTE TRANSCRITOS, DOU A SEGUIR MEU PARECER.

QUESITOS:

(...)

II – EM RELAÇÃO AO CASO DO CADÁVER DO SR. VALTER (PERÍCIA LOCAL), LAUDO NECROSCÓPICO E LAUDO DE EXUMAÇÃO):

1. O DELEGADO TEM COMPETÊNCIA PARA DETERMINAR UMA EXUMAÇÃO?

2. OS FAMILIARES DO EXUMADO E O ADMINISTRADOR DO CEMITÉRIO NÃO DEVERIAM, PRESENCIAR O ATO DA EXUMAÇÃO?

3. A EXUMAÇÃO E CONSEQUENTEMENTE O LAUDO, FOI CONFECCIONADO POR APENAS UM MÉDICO LEGISTA. QUAL O VALOR DESSE ATO?

4. A CAMISETA DESCRITA NO LAUDO DE EXUMAÇÃO É A MESMA DAQUELA USADA PELO DEFUNTO QUANDO FOI ENCONTRADO SEU CORPO?

5. PELA DESCRIÇÃO DOS ORIFÍCIOS ENCONTRADOS NO CADÁVER DURANTE A EXUMAÇÃO, É POSSÍVEL DETERMINAR QUAL FOI O DE ENTRADA E O DE SAÍDA?

6. É POSSÍVEL AFIRMAR, SEGUNDO DESCRIÇÃO NO LAUDO DE EXUMAÇÃO, QUE O FERIMENTO (PERFURO CONTUSO) FOI PROVOCADO "INTRA-VITAM"?

7. EXISTEM ELEMTOS SUFICIENTES NA DESCRIÇÃO DO LAUDO DE EXUMAÇÃO PARA DETERMINAR A PRESENÇA DE FULIGEM NOS DEDOS?

8. EXISTEM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA AFIRMAR QUE O LÍQUIDO ENCONTRADO NO TÓRAX É SANGUE? SE FOSSE SANGUE, NÃO HAVERIA COÁGULOS SE PORVENTURA FOSSE A CAUSA DA MORTE,ISTO É, "INTRA-VITAM"?

9. O LÍQUIDO ENCONTRADO JUNTO AO CADÁVER NO LOCAL DO SUPOSTO CRIME, APÓS 04 DIAS, PODE SER AFIRMADO COM SEGURANÇA QUE ERA SANGUE?

10. COMPARANDO-SE O AUTO DE EXUMAÇÃO DESCRITO NA PÁGINA 68 PELO ESCRIVÃO "AD DOC" NÃO IDENTIFICADO, E ASSINADO PELO COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR ADELINO DORIVAL PACHECO SEGUNDO O CABEÇALHO, COM O LAUDO DE EXUMAÇÃO CADAVÉRICA CONFECCIONADO PELO DR. ANASTÁCIO M. CORONEL, O PRIMEIRO (AUTO) DIZ PARTE ANTERIOR ESQUERDA DO TÓRAX E O SEGUNDO (LAUDO) DIZ NA LINHA AXILAR POSTERIOR, EM RELAÇÃO A TRAJETÓRIA DO PROJÉTIL, CONSIDERANDO A ENTRADA COMO LINHA AXILAR POSTERIOR, DESCRITO E ASSINALADO NOS GRÁFICOS ÁS FLS. 94 E 235 E O ORIFÍCIO DE SAÍDA NA REGIÃO POSTERIOR DO HEMITÓRAX DIREITO, TRAÇANDO-SE UMA TRAJETÓRIA RETA, COMO DIZ O AUTO DE EXUMAÇÃO, É POSSÍVEL ATINGIR O ÁTRIO (CORAÇÃO) LEVANDO-SE EM CONTA UMA ANATOMIA NORMAL? E, BASEADO EM QUAL CARACTERÍSTICA DAS LESÕES DESCRITAS, PODE-SE AFIRMAR TAXATIVAMENTE QUE A PERFURAÇÃO FOI PRODUZIDA POR PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO?

RESPOSTAS AOS QUESITOS:

(...)

II - EM RELAÇÃO AO CASO DO CADÁVER DO SR. WALTER (PERÍCIA LOCAL, AUTO E LAUDO DE EXUMAÇÃO).

1. NÃO, POR REGRA A ORDEM É JUDICIAL.

2. SIM, VER ART. 163 E SGS. DO COD. PROC. PENAL.

3. HOJE, NÃO MAIS SE EXIGE DOIS PERITOS, DESDE QUE O SUBSCRITOR ÚNICO SEJA OFICIAL, MAS, COM CERTEZA, A EXCLUSÃO DE UM SEGUNDO PERITO FRAGILIZARÁ A PROVA EM LAUDO DE EXUMAÇÃO (ART. 159 CPP).

4. TANTO O AUTO, COMO O LAUDO DE EXUMAÇÃO, NADA INFORMAM SÔBRE A CAMISETA, A NÃO SER DE QUE A MESMA FOI RETIRADA. QUANTO AO LAUDO, REFERE O MESMO, "PERFURAÇÃO NAS VESTES". NO ENTANTO, NAS MORTES VIOLENTAS OU SUSPEITAS, O EXAME DAS VESTES É DE GRANDE IMPORTÂNCIA.

(...) 5. NA PERÍCIA EM APREÇO, A MESMA, CARECE DE DADOS QUANTO A FORMA DOS ORIFÍCIOS QUER DE ENTRADA, QUER DE SAÍDA, POIS, CADA QUAL TEM SEU FEITIO EXUBERANTE. E, NA DECOMPOSIÇÃO CADAVÉRICA OS SINAIS TRAUMÁTICOS TÊM QUE SER BEM ANALISADOS, POIS, PODE LEVAR A ERRO EM FACE DAS MODIFICAÇÕES PRODUZIDAS PELA DECOMPOSIÇÃO.

6. O LAUDO DE EXUMAÇÃO TRAZ EM SEU BOJO QUE NA REGIÃO CERVICAL DO EXUMADO APRESENTAVA SINAIS DE HEMATOMA E MANCHA AVERMELHADA, QUE SINALIZA PARA LESÕES "INTRA-VITAM". O CORRETO SERIA TER UTILIZADO, NA OCASIÃO, DE MEIOS COMPLEMENTARES DE DIAGNÓSTICO ENTRA AS LESÕES "IN VITAM" E "POS-MORTEM", COMO A PROVA HISTOLÓGICA (COLORAÇÃO PELA HEMATOXILINA-EOSINA).

7. A DESCRIÇÃO FOI FEITA VISUALMENTE, MAS, FALTOU NA OCASIÃO A LAVAGEM COM ÁGUA CORRENTE PARA CERTIFICAR-SE DA RELAÇÃO COM PÓLVORA, SE FACILMENTE REMOVÍVEL.

8. A DESCRIÇÃO RELATADA É DE "CARACTERÍSTICAS DE SANGUE, PORTANTO, SEM SINAIS DE CERTEZA. ASSIM, NA OCASIÃO, DEVERIA TER RECORRIDO A PROVA TÉCNICA, OU SEJA, COMPARAÇÃO ENTRE AS HEMÁCIAS

E LEUCÓCITOS DA LESÃO SUSPEITA, UTILIZANDO-SE O HEMATÍMETRO DE THOMAS-ZEIS.

9. A "OLHO NÚ", COM SEGURANÇA, NÃO. NECESSÁRIO EXAME LABORATORIAL, DAÍ, A DESCRIÇÃO COMO: "CARACTERÍSTICAS DE SANGUE".

10. PELAS LESÕES DESCRITAS A TRAJETÓRIA É ASCENDENTE, DE BAIXO PARA CIMA E, NESSAS CONDIÇÕES FERE O CORAÇÃO. QUANTO A PERFURAÇÃO SER POR ARMA DE FOGO É APENAS A DESCRIÇÃO DE DOIS ORIFÍCIOS, CARECENDO OS MESMOS DAS DESCRIÇÕES DOS EFEITOS DO PROJÉTIL SÔBRE O CORPO HUMANO.

(...)".

Em seu interrogatório, o réu afirma (fls. 1.093-1.099):

"(...)

JUIZ: Doutor Jun o senhor figura como acusado aqui neste processo criminal que tramita no Tribunal de Justiça, porque segundo a denúncia apresentada pelo Procurador Geral de Justiça, no dia 15 de março de 2008, ocorreu lá no Hotel Fazenda Betione uma morte do Senhor Walter Ferreira de Souza conhecido como Walter Coco, e o senhor na qualidade de Perito, Médico Perito, médico legista realizou a perícia do corpo e firmou que não foi encontrada nenhuma lesão externa, lesão corporal externa tipo perfuração por projétil e ainda, a causa mortis, causa mortis procedeu-se em virtude de morte natural possível infarto agudo do miocárdio. E segundo a denúncia, essa declaração é falsa porque a vítima no caso o Senhor Walter Ferreira de Souza teria morrido em decorrência de disparos de arma de fogo (...).

RÉU: Não, não absolutamente.

JUIZ: O quê que aconteceu?

(...)

RÉU: É esse, o pedido do exame necroscópico já veio dizendo que era vítima de homicídio e que no local tinha perfurações de projéteis de arma de fogo nas portas, nas paredes então já foi com extremo cuidado pra não deixar de olhar com muito cuidado esse aspecto de perfuração.

JUIZ: A requisição já veio dizendo?

RÉU: Já veio dizendo isso então eu me policiei bastante, tomei o máximo de cuidado, aí eu chamei um Agente de saúde pra me ajudar porque eu não tenho auxiliar nenhum, então eu calcei a luva e pedi pra minha auxiliar escrever e eu ia ditando pra ela as características e ela ia anotando pra mim. E tinha o rapaz da funerária e o funcionário dele que me ajudavam a movimentar o copo, virar pra cá, virar pra lá né, levantar a roupa, tirar a roupa né e eles me ajudaram a mexer, e nós ficamos em torno de uma hora ou pouco mais de uma hora examinando o cadáver, eu não vi e eu tenho 25 anos de Legista, não vi perfuração nenhuma, a Agente de Saúde não viu perfuração nenhuma, os dois que me auxiliaram não viram perfuração nenhuma, os Policiais que foram buscar o corpo eles detalharam até a presença de algumas gotas de sangue né, perto do cadáver até isso eles, só que eles em nenhum momento eles inscreveram lesão de perfuração no corpo, o que normalmente o Policial é a primeira coisa que ele faz é ver se tem algum indício de violência, facada, perfuração né, e em nenhum momento nenhum dos Policiais, se não me engano tinha uns quatro ou cinco Policiais, ninguém viu perfuração nenhuma também né.

Aí na exumação apareceu aí eu gostaria de anexar a esse processo se for possível, esse aqui é o diagrama do local onde na exumação eles constaram a perfuração, então eles constataram a perfuração aqui nessa região mais especificamente aqui.

JUIZ: (Ininteligível) o senhor pode falar em que região (Ininteligível) nas costas?

RÉU: Na região axilar posterior esquerdo, ele disse orifício de saída, orifício de entrada e orifício de saída na região escapular, escapular direita conforme consta aí, então aqui são as fotos tiradas no local do óbito e exatamente nesse local que seria o orifício de saída e não consta, esse aqui são fotos originais e não consta, não constava na ocasião nenhuma perfuração, é o mesmo né então.

JUIZ: O documento que o senhor apresentou está aqui às folhas.

RÉU: Isto cem né.

JUIZ: 1.082.

RÉU: E como as fotocópias das fotos estão mal tiradas eu mandei revelar original, essas daqui são moscas varejeiras né, esses pontilhados, então se houvesse qualquer perfuração ou orifício de saída automaticamente nesse local, nesse local teria que ter no mínimo um alo de sangue no mínimo, a mancha de sangue de perfuração né, no local da perfuração. O Legista que fez a exumação na hora, ele cita que o orifício de entrada e o orifício de saída, mas aleatoriamente sem caracterizar, porque orifício de entrada tem uma característica típica, orifício de saída tem característica típica, ele apenas disse, chutou orifício de saída, orifício de entrada, e orifício de saída.

JUIZ: Ele não se baseou em parâmetros Médico...

RÉU: Nada, nada, não. Inclusive ele disse que houve perfuração no coração, no átrio por projétil de arma de fogo, quer dizer não caracterizou nada, o ferimento por arma de fogo tem as suas características também até exuberante né.

(...)

MP: O senhor acompanhou a exumação?

RÉU: Não, não eu fiquei sabendo depois de vários dias que havia sido exumado inclusive sem a presença de familiares e sem a presença do Diretor do cemitério, porque toda exumação segundo a leu deve estar na presença dos familiares, do Diretor do cemitério e quem determina a exumação é a autoridade judicial, não é o Delegado.

MP: Nesse caso aqui o Senhor, foi o Delegado que...

RÉU: Foi, foi ele que determinou, e ele marcou o dia e fez tudo isso por conta própria.

MP: O senhor conhece os Peritos que realizaram?

RÉU: Não foi só um só, um é o Perito.

MP: O Perito então no caso que realizou a exumação e chegou a essa conclusão da existência de perfurações?

RÉU: Conheço, conheço.

MP: O senhor tem alguma coisa contra ele?

RÉU: Não, não.

(...).”

Vejamos as provas produzidas em juízo.

O policial militar Ramão Cesar Aguirre de Campos afirma (fls.1.113-1.114):

> *“(...)* ***Ao chegar no local encontrou varias capsulas de projéteis já utilizadas no chão, e vestígios de disparo de arma de fogo na porta do banheiro e na entrada do salão.*** *Através da janela do banheiro observou de relance um corpo em seu interior. (...)* ***Perante o MPE foram apresentadas algumas fotos, sendo que nesta oportunidade afirmou que o liquido existente no local era sangue. Constatou isso em razão de sua experiência como policial militar*** *(...)”*. - g.n.

Paulo Cesar dos Reis, investigador de polícia à época dos fatos, aduz (fls.1.122-123):

> *“(...)* ***que observou marcas de projéteis de arma de fogo nas paredes dos salões de entrada*** *e localizou o corpo da vítima no banheiro. (...)* ***que havia vestígio de um borra escura próximo ao corpo, que aparentava ser sangue (...) que no salão não havia vestígio de sangue, somente na entrada do banheiro e dentro deste*** *(...)”*. - g.n.

Teodolino César Moreira afirma as fls. 1.036-1.038:

> *“(...)*
>
> *DEPOENTE: Então, quando chegamos lá no hotel né, a gente viu a presença de várias moscas né, no local, um cheiro meio também desagradável (...) inclusive, foi até eu que achei o corpo lá né, corri a porta, aí tinha aquele peso na porta assim, aí quando eu abri a porta assim, aí ele caiu assim, estava dentro do banheiro assim caído assim né. Foi a parte que eu cheguei mais perto...*
>
> *(...)*
>
> ***MP: Tinha vestígios de sangue em volta dele?***
>
> ***DEPOENTE: Olha, embaixo dele assim tinha um líquido né, não sei afirmar se é sangue, mas...***
>
> ***MP: Semelhante a sangue.***
>
> ***DEPOENTE: Tinha um líquido lá né, assim embaixo dele assim né.***
>
> ***MP: Perfurações na parece?***
>
> ***DEPOENTE: Agora não me recordo se na parede do banheiro tinha essa perfuração.***
>
> ***MP: Mas no local existiam perfurações de bala?***
>
> ***DEPOENTE: Lá na entrada lá tinha no vidro lá, um vidro quebrado né, foi o que eu falei naquele dia lá né, mas lá no banheiro eu não cheguei a, eu não reparei se tinha*** *(Ininteligível).*
>
> *(...).”* - g.n.

Ressalto que diante das evidências do suposto homicídio, a exumação do cadáver fora requisitada as fl. 61 pelo Delegado de Polícia responsável e o novo laudo de exame de corpo de delito (fls. 89-101) constatou sinais de morte violenta.

Em sua defesa, o acusado aduz que apesar deste novo laudo ter concluído a *causa mortis* da vítima diferente do que havia atestado, não teve dolo em sua conduta, tendo em vista que realmente não encontrou nenhum vestígio de lesão corporal externa e, ainda, afirma que estava acompanhado de mais três pessoas durante o procedimento – Haroldo Mendes Ribeiro, Aparecida Lisboa Sampaio Leite e Osvaldir de Jesus – sendo que, nenhuma delas observaram quaisquer perfurações no cadáver.

Posteriormente, Aparecida Lisboa Sampaio Leite e Osvaldir de Jesus foram ouvidos em juízo. Colaciono seus depoimentos.

Aparecida Lisboa Sampaio Leita (fl. 1.196):

> *"(...) Que à época dos fatos era agente comunitária de saúde. Que estava no supermercado e ouviu o réu falando que faria um exame cadavérico. Que a depoente disse ter vontade de presenciar tal exame, então o réu a convidou para auxiliar. Que no necrotério do hospital municipal escreveu o que o réu ditava. (...) Que o cadáver estava apodrecendo. (...) Que o réu não encontrou no corpo sinais de perfuração por arma de fogo. Que não havia marcas de sangue. (...) Que o rosto do cadáver estava deformado e até o couro cabeludo desmanchava. Que não foi fácil movimentar o cadáver e quando isso aconteceu, saiu bastante líquido".*

Osvaldir de Jesus (fls. 1.170-1.172):

> *"(...)*
>
> *DEFESA: O senhor ajudou o Doutor Jun a examinar o cadáver de Valter Ferreira de Souza?*
>
> *(...)*
>
> *DEPOENTE: Não, ajudei a lavar né. Lavar, eu fui buscar lá com o menino. Lavei né.*
>
> *DEFESA: Lavando o corpo o senhor deve ter examinado né. O senhor encontrou alguma perfuração de bala no corpo?*
>
> *DEPOENTE: Não, porque não tinha condições nem de lavar o corpo de perto, porque do jeito que o homem estava podre não tinha nem jeito, a gente jogava de longe no homem.*
>
> *(...)*
>
> *MP: Qual que é a sua atividade profissional? (...)*
>
> *DEPOENTE: Trabalho no serviço geral né.*
>
> *MP: Serviço geral?*
>
> *DEPOENTE: Mais em fazenda né. Trabalho em roça.*
>
> *MP: E por que, que nessa ocasião o senhor fez esse serviço?*

DEPOENTE: Não, porque eu estava lá na minha casa, entendeu? Aí o Aroldo chegou e me chamou, se eu podia dar uma mão para ele lá...

MP: Quem é Aroldo?

(...)

MP: Ele trabalha com...

DEPOENTE: Ele trabalha na PAC'S. [sic]

(...)

MP: O senhor se recorda desse caso, dessa pessoa, que o senhor foi até lá para pegar o corpo (...)?

(...)

DEPOENTE: Eles abriram a porta do banheiro, aí tiramos o corpo pra fora.

(...)

MP: (...) Tinha sangue no local?

DEPOENTE: Não, eu não vi nada. Nós puxamos para fora de lá de dentro, que ninguém nem aguentava entrar lá dentro, que o homem estava 05 dias podre. Não tinha como o senhor ver nada.

(...)

MP: E tinha essas marcas, essa marca escura aí no chão?

DEPOENTE: Nós chegamos, entramos, a polícia chegou e meteu o pé, e mandou puxar para fora logo, que ninguém aguentava lá dentro, arrastamos para fora e...

MP: Mas o senhor nem percebeu então se tinha essa...

DEPOENTE: Não, não percebi, porque a gente estava...

(...)

DEPOENTE: Ô Excelência, o homem estava desconhecido, que se fosse pegar no homem, o homem estava diluindo tudo.

(...)

MP: Tá. Enquanto o senhor molhava, jogava água, o senhor chegou a observar se ele tinha alguma ferida provocada por arma de fogo?

DEPOENTE: Não, não, eu não.

MP: O senhor sabe como que é uma ferida provocada por arma de fogo?

DEPOENTE: Eu não sei Doutor.

(...)

DEPOENTE: Não sei. Mas eu não vi também, porque não tinha como o senhor vê nada. O homem estava todo fofo.

(...)

MP: (...). Na hora que o Doutor Jun fez a análise, olhou o corpo, o senhor estava lá ou já não estava mais?

DEPOENTE: Não, eu estava ali fora né.

MP: Tinha alguém junto com ele lá na hora que ele estava fazendo o exame?

DEPOENTE: Estava a Cida né. (...)

(...)

MP: Então estava o Jun e uma outra pessoa?

DEPOENTE: (Ininteligível). É, uma...

(...)".

Ora, como se observa nos depoimentos supracitados, nenhum dos que presenciaram a perícia no cadáver podem corroborar o laudo que o acusado atestou, pois tratam-se de pessoas comuns, sem conhecimentos específicos na área.

O cadáver já estava em estado de decomposição, tornando-se mais difícil constatar lesões por meio de análise superficial. Havia relatos de morte violenta no registro policial.

Desse modo, não há como admitir que o laudo de exame de corpo de delito feito no cadáver representou, em algum momento, a verdade, pois a exumação feita no cadáver Walter Ferreira de Souza é a prova cabal de que o acusado faltou com a verdade, tendo em vista que este não atestou a real *causa mortis* – *in casu*, morte violenta – dando-o como causa morte natural.

Lembro, ainda, que o réu procedeu a necropsia violando os conceitos da medicina legal, pois não prosseguiu a técnica correta, vez que optou por não fazer a análise interna do cadáver, mesmo sabendo que se tratava de possível homicídio, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 162 do Código de Processo Penal. Por conseguinte, o acusado de forma livre e consciente atestou como *causa mortis* motivo falso – morte natural, quando na realidade tinha conhecimento de que fora morte violenta – homicídio. Vejamos.

Em seu interrogatório, o réu afirma (fls. 1.093-1.099):

"(...)

JUIZ: (...) segundo a denúncia, essa declaração é falsa porque a vítima no caso o Senhor Walter Ferreira de Souza teria morrido em decorrência de disparos de arma de fogo (...).

RÉU: Não, não absolutamente.

JUIZ: O quê que aconteceu?

(...)

RÉU: É esse, o pedido do exame necroscópico já veio dizendo que era vítima de homicídio e que no local tinha perfurações de projéteis de arma de fogo nas portas, nas

paredes então já foi com extremo cuidado pra não deixar de olhar com muito cuidado esse aspecto de perfuração.

(...)

MP: Esses exames com a abertura do cadáver são feitos normalmente apenas quando há indícios de que houve morte violenta?

RÉU: Não, não na verdade deve ser feito em todos.

MP: Com todos?

RÉU: Com todos, com todos os óbitos.

(...)

MP: O senhor chegou a essa causa de morte miocárdio, de que forma que o senhora chegou a essa conclusão?

RÉU: Ah pela característica da pessoa, pela obesidade, pela idade e pelo histórico que foi apresentado principalmente em relação ao porte físico da pessoa e a idade né.

(...).” - g.n.

Como se vê, o dolo do agente está manifesto em atestar falsamente a causa do óbito.

Oportunos conceitos pertinentes à medicina legal sobre a técnica a ser seguida em tal caso:

“7. TANATOSCOPIA:

A) CONCEITO:

“É um conjunto de operações que tem como meta fundamental evidenciar a causa mortis quer do ponto de vista médico quer jurídica”.

B) SINONÍMIA:

Tanatoscopia, Autópsia, Necropsia, Necroscopia, Necrotomoscopia.

(...)

F) TÉCNICA:

*(...)**TEMPOS:***

A - INSPEÇÃO EXTERNA:

Descrição das vestes Sinais de Morte

Descrição dos objetos Tempo de Morte

Elementos de identificação Inspeção das Lesões

Compleição física Inspeção das cavidades

B - INSPEÇÃO INTERNA:

-Cavidade Craniana

-Órgão do Pescoço

-Cavidade Torácica e abdominal

-Cavidades Acessórias

-Cavidade Vertebral

G) ERROS MAIS COMUNS:

- Exame externo sumário ou omisso

- Interpretação por intuição

- Falta de ilustração

- Entendimento errado dos fenômenos "pos mortem"

- Necropsias incompletas".[4] *- g.n.*

Desse modo, ao proceder a autópsia de forma incorreta, o réu assumiu o risco de incorrer em falsa perícia, pois sabia que haviam provas contrárias ao que fora concluído em seu laudo.

É fundamental salientar sobre o dolo do réu.

Quanto ao elemento subjetivo do delito, leciona a doutrina:

> *"(...) o dolo, representado pela vontade de fazer afirmação falsa, de negar ou calar a verdade. Além da consciência da ação que pratica e de suas consequências, é necessário que o sujeito ativo tenha ciência de que está praticando uma falsidade, seja em relação ao testemunho, seja em relação à perícia. Tanto o falso testemunho quanto a falsa perícia admitem o dolo eventual, segundo entendimento majoritário da doutrina nacional*[5] *(...)".*[6]

Ensina a doutrina sobre o dolo:

> *"**Conceito de dolo direto:** é a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto.*
>
> *(...)*
>
> ***Conceito de dolo indireto ou eventual:** é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. (...) o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar (...)".*[7]

Pelo exposto, figura-se, neste caso, o dolo eventual, vez que, apesar do réu ter sido alertado do ocorrido, por motivos questionáveis, optou por atestar algo improvável, tendo em vista que sabia as fortes evidências da *causa mortis* da vítima Walter Ferreira de Souza. Ademais, faltou com a verdade a justificativa

4 Pereira, Gerson Odilon - Medicina Legal, p. 29-30. *Documento também acessível na página de internet de Medicina - UFAL: www.ufalmedicina.cjb.Net*

5 Fernando Capez, Direito Penal, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, v. 3, p. 598; Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal, p. 869.

6 Bitencourt, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal, 7.ª ed., v. 5, p. 346.

7 Nucci, Guilherme de Souza – Código Penal Comentado, 10.ª ed., p. 204-205.

do réu de que não foi possível a verificação das perfurações, pois quando da exumação, ocorrida doze dias após o laudo necroscópico ainda foi possível a identificação de plano.

Também, ressalto quanto a obrigação do acusado em fazer a análise interna do cadáver, o que não ocorreu neste caso, a fim de averiguar o verdadeiro motivo que levou ao falecimento da vítima. Por outro lado, se este não tinha capacidade de atestar a *causa mortis* por falta de equipamentos ou de assistentes, seu dever era de suscitar tais fatos para que outro o fizesse e não atestar algo que não corresponde com a verdade, de modo intuitivo.

Do exame de corpo de delito do detento Eivory Antônio da Rocha

A materialidade e a autoria do delito comprovam-se pelos laudos de exame de corpo de delito as fls. 148-149 e 163-164.

Em alegações finais (fls. 1.208-1.221), o Minstério Público aduz que o exame de corpo de delito realizado pelo acusado no detento Eivory Antônio da Rocha, teria atestado que este havia sofrido lesão corporal, evidenciada por equimoses de coloração "avermelhada" e "vermelha-arroxeada", entretanto, que no mesmo dia outra perita, também na qualidade de médica-legista, concluiu que não havia nenhuma lesão corporal traumática recente.

Consta no laudo n. 10/2008 de exame de corpo de delito, procedido pelo acusado (fls. 155-156):

> *"**PREÂMBULO.***
>
> *(...) a fim de atender ao Mandado de Intimação expedido pela Juíza de Direito da 1ª Vara de Miranda DRª. VÂNIA DE PAULA ARANTES (...).*
>
> ***IDENTIFICAÇÃO.***
>
> *(...) EIVORI ANTONIO DA ROCHA.*
>
> *(...)*
>
> ***HISTÓRICO.***
>
> *Segundo informa o examinado, sofreu agressão física, ocorrido no dia 21/03/2008 pela manhã.*
>
> ***DESCRIÇÃO.***
>
> *Ao exame físico externo, observamos:*
>
> *1 - **Equimose de coloração avermelhada, medindo 4 x 9cm, localizada na região do epigástrio;***
>
> ***2 - Equimose na região do flanco esquerdo e região mediana, em alto relevo, coloração vermelha-arroxeada, medindo 6 x 10 x 4cm.***
>
> ***3 - Queixa-se de muita dor no hemitórax direito.***
>
> ***QUESITOS:***
>
> *01- Há ou houve ofensa à integridade corporal ou à saúde do examinado? **Sim**.*
>
> *02- Qual o instrumento, agente ou meio que produziu? **Agente contundente.***

(...)

CONCLUSÃO:

Pelo acima exposto, os peritos concluem que houve lesão corporal compatível com o histórico".

Em pedido de esclarecimentos do Ministério Público (fl. 159) através do ofício n. 63 – 1ª PJCM/08 ao Delegado Paulo Henrique Sá, acusado pela suposta agressão, este informou por meio do ofício nº 175/08 (fls. 162-164) que não foram provocadas quaisquer lesões nos detentos, anexando, ainda, um laudo de exame de corpo de delito de Eirovy Antônio da Rocha, referente ao alvará de soltura, realizado pela médica legista Drª Sandra Regina Massuda Albuquerque, que concluiu *"(...) que o examinado não apresenta sinais e/ou vestígios de lesão corporal traumática recente".*

A médica legista Drª. Sandra Regina Massuda Albuquerque compareceu à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda, a fim de prestar o seguinte esclarecimento (fls. 166-168):

"(...) Recorda-se que, por requisição da autoridade policial, realizou um exame de corpo de delito – para alvará de soltura – no detento Eivory Antônio da Rocha (...). Após indagado pela declarante, Eivory afirmou que não havia sofrido agressão física e que estava se submetendo a exame porque iria ser liberado. ***Após proceder a um exame externo, a declarante esclarece com convicção que não visualizou nenhum tipo de equimose, hematoma, escoriação ou edema traumático. Recorda-se, inclusive, que pediu para que o examinado tirasse a camiseta, como ocorre com todos que se submetem a exame, não tendo presenciado nenhuma lesão.*** *(...) Sabe dizer que o vermelho da pele constante no laudo desaparece em poucas horas, não havendo possibilidade de perdurar por mais de um dia, não sendo compatível com o histórico ali constante, no qual se referiu a uma agressão física ocorrida há 05 dias. Além disso, o vermelho na pele não é considerado vestígio de lesão corporal. Esclarece, também, que uma equimose tem uma evolução de aproximadamente três semanas, sendo que, o vermelho da pele constatado pelo profissional até poderia ter desaparecido quando da realização do exame pela declarante (naquele mesmo dia), mas jamais poderia ser compatível com o histórico relatado no laudo (...).* ***Por sua experiência profissional, a declarante afirma com convicção que, se realmente houvesse a existência de uma equimose vermelha (rubra), (...) ela teria que estar roxa (violácea) no dia da realização do exame (...). Não é correto o perito constatar a presença de equimoses de coloração avermelhada, mas, sim, o correto é atestar apenas manchas vermelhas na pele (aguardando a evolução), não podendo concluir, em hipótese alguma, a existência de lesão corporal.*** *Por fim, esclarece que não é correto o peito relatar que o examinado foi vítima de dor, uma vez que este é um sintoma subjetivo, não havendo possibilidade de o perito concluir sobre a existência de lesão corporal". - g. N.*

Ainda, Sandra Regina Macedo Albuquerque alega em juízo as fls. 1.039-1.042:

"(...)

MP: (...) A senhora de fato, pelo o que consta aqui no termo de declarações, a senhora chegou a fazer o exame no detento Eivori?

DEPOENTE: Sim.

(...)

MP: Como que aconteceu? Foi no dia 26 de março de 2008 né?

DEPOENTE: Isso. Eu, nessa ocasião, ainda trabalhava na Fundação Bradesco.

Eu chegava da Fundação Bradesco em torno de seis horas da tarde, que eu trabalhava até as cinco e é a 58 quilômetros daqui de Miranda. Eu atendi o meu consultório e recebi uma ligação pedindo que eu viesse na delegacia, que eu tinha que fazer um alvará de soltura. Eu perguntei o que era, porque durante os meus 11 anos de perícia é a primeira vez e foi a única vez que eu fui chamada para fazer um alvará de soltura, eu nunca tinha feito né. Eu perguntei, por que isso, porque eu estou acostumada, às vezes, ser intimada para fazer a hora em que faz o flagrante para ver se não tem lesão. Aí eu falei para ele: "O que é isso?", ele falou: É um exame normal", eu falei: "Não pode ser marcado como de rotina no consultório ou no hospital durante o dia?", ele falou: "Não, tem que ser agora porque o moço está sendo liberado e vai pegar o ônibus zero hora, agora". Aí ele trouxe de Bodoquena e aí eu fui até a delegacia, já era umas... Eu acho que em torno de oito ou nove horas da noite né, e ele me pediu para fazer esse alvará, e eu...

MP: Mas, só pra complementar, é uma praxe do médico legista sempre que for liberar um preso fazer um exame...

DEPOENTE: Não.

(...)

MP: Tá. E o que a senhora percebeu com relação ao exame realizado no Eivori?

DEPOENTE: Na hora, é isso que eu coloquei, entendeu. Eu pedi para ele, perguntei na frente do agente, não me recordo hoje o agente que estava junto comigo, que eu fiz na delegacia e nesse horário. Perguntei, conversei com o agente, conversei com né, o delegado e perguntei: "O senhor foi, teve alguma agressão física?". Ele falou: "Não", né, lógico que ele estava naquela ansiedade de sair, disse que não tinha sido agredido. E aí eu pedi para ele que retirasse a camiseta, como de praxe, e eu não vi nenhuma equimose, não vi nenhum hematoma, como eu descrevi aí.

(...)

MP: E a senhora o examinou sem camiseta?

DEPOENTE: Sem camiseta, eu olhei ele em pé, entendeu? Só que a noite, naquela luz de delegacia, que aquela sala ali do escrivão, eu não vi nenhuma equimose, é o que eu estou dizendo, aí o termo usado, inclusive depois o senhor me mostrou o laudo do Doutor Jun, está equimose vermelha, parece que o Doutor Jun colocou, aí que eu esclareci esse termo, que realmente vermelho poderia até ter um eritema e eu...

MP: Mas não confirmaria equimose né?

DEPOENTE: Existe duas, não, equimose eu não vi. E normalmente a gente usa o termo equimose rubra né, e como tinha equimose vermelha, eu falei pode até ter surgido, eu me lembro bem que o senhor me deu o laudo, parece que estava equimose vermelha. Aí eu expliquei que vermelha poderia ser até um eritema, que é uma lesão que costuma, às vezes, desaparecer. E há uma linha de legistas que consideram o eritema, que é o vermelho, como lesão, um indício, não vestígio. Tem outros que não consideram, porque às vezes a pessoa é alérgica como, por exemplo, eu, se eu começar a passar aqui, daqui a pouco o meu pescoço está todo vermelho e é um eritema que desaparece em poucas horas. Agora, equimose é que é uma lesão que tem uma evolução de 03 semanas.

(...)

MP: Para configurar uma lesão corporal?

DEPOENTE: Eu não vi. Na minha linha de escola de IML o eritema não entra, que é o vermelho, não entra como lesão corporal. *(...).” -g.n.*

Destarte, a fim de esclarecimentos sobre a equimose e suas tonalidades, que decorre em um ciclo, transcrevo trecho de um parecer elucidativo do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará – CREMEC:

“PARECER CREMEC n. 14/2011.

14/05/11

PROCESSO-CONSULTA PROTOCOLO CREMEC N° 3997/2011

ASSUNTO: TONALIDADE DE EQUIMOSES

PARECERISTAS: DR. HELVÉCIO NEVES FEITOSA E DR. JOSÉ MÁLBIO OLIVEIRA ROLIM

EMENTA: A tonalidade arroxeada das equimoses geralmente ocorre no segundo e terceiro dia após o trauma que as determinou. Entretanto, o valor cronológico das alterações de cor das equimoses é relativo, apenas aproximado, sendo influenciado por diversos fatores.

(...)

DO PARECER.

As equimoses são lesões decorrentes da infiltração hemorrágica na intimidade dos tecidos. Para que ocorram, é necessária a presença de um plano mais resistente abaixo da região traumatizada e de rotura capilar, o que permite o extravasamento sangüíneo .Estão incluídas no grupo das lesões determinadas por meios ou instrumentos contundentes (ação contundente). O resultado da ação desses meios ou instrumentos é conhecido geralmente por contusão.

A contusão pode ser ativa, passiva ou mista, de conformidade com o estado de repouso ou de movimento do corpo ou do meio contundente. É ativa a contusão quando há o deslocamento apenas do meio ou do instrumento. É passiva quando somente o corpo está a movimentar-se. As contusões mistas, também ditas biconvergentes ou biativas, ocorrem quando o corpo e o instrumento se movimentam e se entrechocam com certa violência (FRANÇA, 2001. p.68).

As equimoses em geral são superficiais, mas podem surgir nas massas musculares, nas vísceras e no periósteo, sendo consideradas uma prova irrefutável de reação vital. Nem sempre surgem de imediato ou nos locais de traumatismo. Para exemplificar, uma contusão no terço médio do braço pode ocasionar uma equimose na prega anterior do cotovelo. Podem elas também ser de origem espontânea, mais comum nos braços e nas coxas das mulheres (França, 2001. p.70).

Outro aspecto de grande interesse médico-pericial é a tonalidade da equimose. De início, a coloração é avermelhada; depois, com o correr do tempo, ela se apresenta vermelho-escura, violácea, azulada, esverdeada e, finalmente, amarelada, desaparecendo, em média, entre 15 e 20 dias.

Essa mudança de tonalidades, com uma sequência definida, tem o nome de “espectro equimótico de Legrand du Saulle”. Em geral, é vermelha no primeiro dia, violácea no segundo e terceiro, azul do quarto ao sexto, esverdeada do sétimo ao 10º,

> ***amarelada por volta do 12º, desaparecendo em torno do 15º ao 20º dia. Entretanto, conforme apregoam diversos autores, o valor cronológico dessas alterações é relativo (Carvalho et al., 1965, p. 94; Carvalho et al., 1987, p. 124; França, 2001. p.71), sendo apenas aproximativo, visto que a cronologia e o aspecto das equimoses se condicionam a vários fatores, como, por exemplo: o tamanho (as equimoses pequenas evoluem mais rapidamente); a localização (as equimoses da conjuntiva ocular não apresentam essa sucessão de tonalidades em virtude de porosidade elevada e fácil oxigenação, a não permitir que a oxiemoglobina se transforme e se decomponha, o que mantém a equimose vermelha até a sua reabsorção); a quantidade de sangue extravasado; a quantidade e o calibre dos vasos atingidos; algumas características da vítima, como idade, sexo, estado geral, cor da pele, o tratamento aplicado à lesão e a profundidade da lesão.***
>
> ***A sucessão de tonalidades da equimose tem como explicação a transformação da hemoglobina extravasada das hemácias em hematina e globina. A primeira vai-se reduzindo aos seus produtos finais de decomposição – a hematoidina e a hemossiderina (França, 2001, p.71). Essa variação de tonalidades se processa, na maioria das vezes, da periferia para o centro, até seu desaparecimento total.***
>
> *Com relação à tonalidade inicial, assim se manifestam os autores: 1. Carvalho et AL. (1987): de início a cor vermelha volve-se em vermelho-violácea, do terceiro ao sexto dia, acentua-se o colorido azulado, que vai passando a esverdeado do sétimo ao décimo segundo dia (...); 2. França (2001): Em geral, é vermelha no primeiro dia, violácea no segundo e no terceiro, azul do quarto ao sexto, esverdeada do sétimo ao 10º (...)".*[8] - g.n.

Ademais, para constatar ou não a existência da lesão, deve-se caracterizar a lesão, determinar o nexo-causal entre o agente relatado e a lesão, o tempo e época da produção.

Vejamos, o laudo n. 10/2008, referente ao exame de corpo de delito do detento Eivory Antonio Rocha:

> *"(...)*
>
> ***HISTÓRICO***
>
> *Segundo informa o examinado, sofreu agressão física, ocorrido no dia* ***21/03/2008*** *pela manhã.*
>
> ***DESCRIÇÃO***
>
> *O exame físico externo realizado no dia* ***26/03/2008*** *ás 07h10min, apresenta: [sic]*
>
> ***1 - Equimose de coloração avermelhada (...), localizada na região do epigástrio;***
>
> ***2 - Equimose na região do flanco esquerdo e região mediana, em alto relevo, coloração vermelho-arroxeada (...);***
>
> ***3 - Queixa-se de muita dor no hemitórax direito.***
>
> *(...)".* - g.n.

Pois bem, conforme supra exposto sobre o ciclo da equimose, corroborando com as alegações da médica legista Sandra Regina Macedo Albuquerque que, ao fazer nova perícia, foi categórica ao afirmar que

8 Disponível no site: http://www.cremec.com.br/pareceres/2011/par1411.pdf

não constatou nenhuma lesão corporal em Eivory Antônio Rocha, é possível afirmar que o laudo atestado pelo réu faltou com a verdade, vez que, a época da produção das supostas lesões não são compatíveis com a coloração constatada pelo acusado, ou seja, passados cinco dias do ocorrido, a equimose, caso realmente existisse, em geral, teria a coloração azul. Não bastasse a incompatibilidade suscitada, tais lesões, encontradas no início do dia, não desapareceriam misteriosamente ao final deste.

Entendo que a suposta conduta da autoridade policial, isoladamente, não é capaz de provar que o laudo estava correto. Neste sentido, também não se pode considerar como fatores determinantes os outros dois laudos atestados pelo acusado que constataram lesão corporal em outros dois detentos e, no entanto, não foram contestados (fls. 151-152 e 153-154).

Ainda, não há razão à defesa quanto a oposição ao laudo de exame de corpo de delito atestado pela médica legista Sandra Regina Macedo Albuquerque, pois mesmo que este não seja considerado como de praxe para alvará de soltura, ele também não é ilegal, pois tem por objetivo examinar e, consecutivamente, preservar a integridade física do detento, sendo esta uma norma formalmente constitucional, prevista no art. 5º, inciso XLIX, da CF.

O policial civil Paulo César dos Reis também compareceu à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda e prestou o seguinte esclarecimento (fls. 128-129):

> *"(...) esclarece que na sexta feia santa do corrente ano, (...) o declarante soube da existência de uma tentativa de fuga de presos na delegacia de Bodoquena, razão pela qual compareceu naquele órgão para auxiliar a Polícia Militar nas diligências, consistente na procura de algum instrumento usado para a fuga, ocasião em que foram encontradas duas serras, as quais estavam sendo utilizadas para serrar as grades. O declarante não agrediu nenhum detento e não presenciou tal fato por nenhuma autoridade ou outro policial. Esclarece que o exame realizado no cadáver pelo médico perito se deu alguns dias antes da tentativa de fuga dos presos (...). Esclarece, ainda, que na semana seguinte a da tentativa de fuga, juntamente com a autoridade policial se deslocou até uma aldeia indígena, distante de Bodoquena, para conversarem com o Dr. Jun, médico legista. A intenção do declarante e da autoridade policial era a de solicitar o encaminhamento de um exame de gravidez sangüíneo em uma detenta, que se dizia estar grávida. A solicitação do exame se deu em virtude de que a detenta afirmava ao declarante que havia abortado um feto na carceragem. Não sabendo esclarecer se a autoridade policial conversou outros assuntos com o Dr. Jun, na oportunidade em que estiveram no local, até porque, em determinado momento, conversaram sozinhos no Centro de Saúde existente na aldeia, ocasião em que o declarante não participou da conversa".*

Por conseguinte, em alegações finais (fls. 1.225-1.252), o acusado o reitera o laudo de exame de corpo de delito em Eivori Antonia da Rocha, assegurando que não tem intento de prejudicar o Delegado acusado pela suposta agressão contra o detento.

O réu apresentou-se à 1ª Promotoria de Justiça de Miranda e prestou a seguinte declaração (fls. 103-105):

> *"(...) Esclarece, por outro lado, que alguns dias antes de fazer o exame necroscópico, o declarante recebeu uma determinação da Juíza, Dra. Vânia, para proceder a exames nos presos que estavam custodiados em Bodoquena/MS; na ocasião, também foi procurado pelo Delegado de Bodoquena, Dr. Paulo Henrique Sá, ocasião em que ele solicitou ao declarante que não fizesse constar eventuais lesões aos presos, para não prejudicá-lo, o que foi recusado pelo declarante. E, alguns dias após a realização do exame necroscópico em Walter, o delegado diligenciou a exumação deste cadáver, procedendo a novo exame, em Guia Lopes. Esclarece, também, que havia uma desavença muito grande entre o Delegado*

e a pessoa de Ricardo Carneiro (arrendatário do hotel Betione), sendo que este, por sua vez, possuía intrigas com a proprietária da pousada, Regina Pedrossian. O declarante se sentiu muito pressionado, quando foi procurado pelo Delegado para não relatar o ocorrido em relação aos presos custodiados em Bodoquena/MS, até porque o Dr. Paulo Sá saiu da Delegacia de Polícia e se deslocou à aldeia em que se encontrava o declarante, situada no município de Porto Murtinho (...).”

Consta parecer médico legal, solicitado pelo réu (fls. 1.085-1.091):

“DR. ANTONIO CARLOS GARCIA DE QUEIROZ, PERITO MÉDICO LEGAL, CRM/MS 650, RESIDENTE E DOMICILIADO NESTA CAPITAL, TENDO SIDO SOLICITADO PELO DR. JUN ITI ADA, PARA, PROCEDENDO A EXAME NAS XEROCÓPIAS DOS AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAS 04/09/ CGPC/MS, RESPONDER AOS QUESITOS ADIANTE TRANSCRITOS, DOU A SEGUIR MEU PARECER.

QUESITOS:

I – EM RELAÇÃO AOS EXAMES EFETUADOS EM EIVORY ANTÔNIO DA ROCHA:

1. O PRIMEIRO EXAME FOI SOLICITADO COMO “EXAME DE CORPO DE DELITO – LESÃO CORPORAL” PELA JUÍZA DA COMARCA DE MIRANDA. O SEGUNDO EXAME, REALIZADO PELA DRA. SANDRA, FOI SOLICITADO COMO “EXAME PARA ALVARÁ DE SOLTURA”. OS DOIS EXAMES SÃO EXATAMENTE IGUAIS?

2. TEM EMBASAMENTO NA MEDICINA LEGAL, A AFIRMAÇÃO DA DRA. SANDRA AO PROMOTOR, COM TAMANHA CONVICÇÃO, DE QUE O VERMELHIDÃO ENCONTRADO NA PELE NÃO PODE SER CONSIDERADO SINAL DE LESÃO CORPORAL?

3. EXISTE ALGUMA NORMA NA MEDICINA LEGAL DE NÃO PODER CITAR QUE O EXAMINADO REFERE DOR EM DETERMINADO LOCAL, POR SER A DOR, SUBJETIVA?

4. SE HAVIA DÚVIDA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO EXAME, NÃO SERIA CORRETO SOLICITAR NOVO EXAME DE LESÃO CORPORAL? NA DÚVIDA, NÃO MERECIA UM TERCEIRO EXAME?

(...)

<u>RESPOSTAS AOS QUESITOS:</u>

I. EM RELAÇÃO AOS EXAMES EFETUADOS EM EIVORY:

1. OS EXAMES NÃO SÃO EXATAMENTE IGUAIS, O MOMENTO PARA AMBOS SE DIFERENCIAM. O CORPO DE DELITO-LESÃO CORPORAL TEM COM FINALIDADE APURAR OFENSA DOLOSA OU CULPOSA Á NORMALIDADE DO CORPO HUMANO. O EXAME PARA ALVARÁ DE SOLTURA CORRESPONDE AO EXAME CRIMINOLÓGICO, CUJA FINALIDADE É BUSCAR DADOS SÔBRE A PERSONALIDADE DAQUELE QUE ESTEVE CUSTODIADO PELO ESTADO.

(...)

2. NÃO, VISTO QUE, “VERMELHIDÃO NO PELO PODE SER CONSIDERADO LESÃO CORPORAL. A <u>RUBEFAÇÃO</u> QUE É A VERMELHIDÃO PODE SER

RESULTANTE DE UMA AÇÃO CONTUNDENTE SÕBRE O CORPO DE INICIATIVA DOLOSA OU CULPOSA, COMO O TAPA E A BOFETADA, SÓ QUE É TRANSITÓRIA, FUGAZ, MAS CONSIDERADA LESÃO CORPORAL.

3. NÃO, NÃO HÁ UMA NORMA QUE IMPEÇA DE SER CITADA, VISTO QUE, O CONCEITO DE DANO Á SAÚDE TANTO COMPREENDE A INTEGRIDADE FÍSICA (ANATÔMICA) OU PSÍQUICA, POIS, SE ALGUÉM, Á CUSTA DE AMEAÇAS PROVOCA EM OUTRA PESSOA UM CHOQUE NERVOSO, PRATICA LESÃO CORPORAL.

4. SIM, HÁ DISPOSITIVOS LEGAIS PARA TAL (ARTS. 180/181 DO CPP).

(...)". (SIC).

Em seu interrogatório o réu afirma (fls. 1.093-1.099):

"(...)

JUIZ: Doutor Jun o senhor figura como acusado aqui neste processo criminal que tramita no Tribunal de Justiça, porque segundo a denúncia apresentada pelo Procurador Geral de Justiça (...) envolvendo desta vez um detento chamado Eivori Antonio Rocha no dia 26 de março, o senhor teria realizado um exame de corpo de delito nessa pessoa, num preso em razão de uma suposta agressão ocorrida no dia 21 de março de 2008, e no seu laudo teria constado "o examinado sofreu agressão física ocorrido no dia 21 de março de 2008 pela manhã e que houve lesão corpora compatível com o histórico e segundo a denúncia esta afirmação não é verdadeira porque uma segunda perícia foi realizada no mesmo dia e teria contado que esse preso cidadão Eivori não teria sofrido lesão nenhuma". Portanto são dois fatos segundo a acusação, o senhor teria declarado falsamente nessas perícias, são esses os fatos. É verdade realmente o senhor falsamente declarou na elaboração desses laudos?

RÉU: Não, não absolutamente.

JUIZ: O quê que aconteceu?

RÉU: No caso do Eivori eu recebi uma determinação da Juíza Doutora Vânia foi no dia 26/03/2008, onde recebi a incumbência de fazer exame de lesão corporal nos detentos Eivori Antonio da Costa, Evanilda dos Santos Afonso, Frank de Brito Rodrigues e Elias de Jesus Bispo, e eu passei na Delegacia pra fazer esses exames, cheguei lá 06:30 para evitar já a pressão e a coação do Delegado, fui bem cedo pra fazer o exame, pedi pra tirar um por um da cela examinei cada um e constatei lesão em três e no Elias de Jesus não constatei lesão. Os três tinham lesão clara mesmo bem nítida, aí logo em seguida 07:30 eu fui trabalhar lá em Porto Murtinho na aldeia (Ininteligível) onde eu trabalhava pra FUNASA atendendo os índios, levo duas horas de Bodoquena. Chegando lá na aldeia questão de 15, 20 minutos apareceu o Delegado e o Agente de Polícia atrás de mim, ficaram sabendo que eu tinha feito exame aí eu estava no consultório, ele me trancaram no consultório, ele me fecharam no consultório me cercaram num canto e disseram que eu não poderia colocar lesão nenhuma porque se não poderia prejudicá-los né, e eu disse que eu vou colocar o que eu vi, e fiquei lá e em um descuido eu consegui sair, saí pela porta e fiquei onde estava os pacientes me esperando ser atendidos né. Aí fiquei por lá, aí eles ficaram também uns, mais cinco minutos, dez minutos e fugiram, sumiram de lá não sei pra onde que eles foram. Aí voltei pra Bodoquena quando estava atendendo no consultório apareceu o Agente de Polícia Paulo junto com o Eivori né, pro Eivori dizer que não tinha sofrido agressão aí eu levantei a camisa dele mostrei as lesões, falei: "E o quê que são essas marcas?" Aí ele falou: "Não isso daí foi eu que produzi na cadeia." E fiquei sabendo que naquela noite o Delegado trouxe aqui pra Miranda essa pessoa, já estava em liberdade

né, ia sair naquele dia e trouxe aqui pra Mirando à noite pra Legista daqui de Miranda fazer um exame, só que ele colocou como exame para alvará de soltura e alvará de soltura não é lesão corporal é totalmente diferente o exame né, então a Legista daqui foi induzida a erro e fez, constou que não tinha lesão corporal né. E aí ele disse que o laudo da colega aqui de Miranda estava correto e o meu estava errado, mas ele não questionou nenhum dos outros dois laudos que tinha lesão corporal, quer dizer qual o motivo teria de dizer que tinha lesão corporal em um né e se os outros dois também tinham lesão corporal, então porque aquela pessoa ia ser liberada naquele dia então ele teve condições de fazer um exame de alvará de soltura e com isso tentou dizer que não tinha lesão. O Eivori chegando em Paraná no outro dia ele ligou para o Delegado ameaçando-o, ameaçando-o mesmo inclusive o Delegado chegou a registrar um boletim de ocorrência, mas não levou a frente, deixou registrado só a ameaça que ele havia sofrido agora por que cargas d'água o Eivori ameaçou o Delegado, ele deve ter as razões dele né.

JUIZ: Então o senhor está afirmando que o Eivori e outros dois detentos examinados naquela manhã tinham essa, apresentaram lesões e o que o senhor afirmou no laudo representava a realidade do fato, ou seja, que eles especificamente o Eivori estavam com lesão corporal?

RÉU: Certeza absoluta, isso aí eu não tenho a menor dúvida.

JUIZ: O senhor tinham algum problema de relacionamento pessoal com esse Delegado que atuava que o Senhor não disse o nome, qual era o Delegado?

RÉU: Doutor Paulo de Sá.

Juiz: Paulo de Sá o senhor tinha algum problema de relacionamento, inimizade enfim com esse Delegado?

RÉU: Nós não tínhamos, nós tínhamos relacionamento de bom dia, boa tarde, de serviço né, mas relacionamento de amizade nós não tínhamos.

JUIZ: E inimizade?

RÉU: Não que eu saiba não, da minha parte acho que não.

(...)."

Melquiene Gomes Barua afirma em juízo (fls. 1.167-1.169):

"(...)

DEFESA: O que a senhora sabe a respeito desses laudos aí, que o Doutor Jun realizou nesses 04 presos lá na delegacia de Bodoquena?

DEPOENTE: Bom, eu sou servidora daquela delegacia, e a minha função é era apenas digitá-los. Ele fazia as perícias né, e encaminhava a mim para digitação.

DEFESA: Certo. E desses 04 laudos que a senhora digitou, digitalizou, houve... Constatou-se alguma agressão aos presos?

DEPOENTE: Sim. Teve.

(...)

DEFESA: 03 foram localizados.

DEPOENTE: Isso.

DEFESA: Encontrado as lesões.

DEPOENTE: Isso.

(...)

DEFESA: O Doutor Jun chegou a narrar para a senhora, se o Delegado acompanhado do agente Paulo César, foi à procura dele em uma aldeia indígena, onde ele estava trabalhando logo após a realização desses autos?

(...)

DEPOENTE: Ele só meio que comentou só na época. (...) ele só comentou, eu não vi né (...) Eu lembro que bem na época, na data que foi falado, eu estava sozinha na delegacia e eles realmente desceram, me deixando na DEPOL, e disseram eles que iriam se dirigir para a aldeia.

DEFESA: Aqui, a senhora prestou umas declarações na Delegacia de Polícia de Bodoquena, e em uma parte do depoimento da senhora, a senhora disse que o Doutor Jun comentou que o delegado esteve à procura dele na tentativa de que ele alterasse aqueles laudos que a senhora tinha digitalizado.

DEPOENTE: Sim.

DEFESA: E ele até na volta, ele comentou isso com a senhora, e pediu para a senhora guardar bem os laudos, para que o delegado não tivesse acesso. A senhora afirma isso?

DEPOENTE: Sim. Eu tive que escondê-los.

(...)

MP: Uma última pergunta. A senhora falou que o Doutor Jun havia dito a senhora para esconder esses laudos se o delegado pedisse, quando voltasse dessa suposta ida até uma aldeia.

DEPOENTE: Uhum.

MP: Quando o delegado retornou, ele veio conversar com a senhora a respeito desse laudo? Solicitar essa documentação? Alguma coisa nesse sentido?

DEPOENTE: Não.

(...)".

Reginaldo Bispo dos Santos aduz em juízo (fl. 1.173):

"(...)

DEFESA: O senhor trabalhava ou trabalha na Aldeia Alves de Barros, Município Porto Murtinho né?

DEPOENTE: Eu trabalhava.

(...)

DEFESA: O senhor se recorda de uma determinada época, que o Doutor Jun estava trabalhando, quando lá chegou o Delegado Paulo Henrique, acompanhado do Policial Paulo?

DEPOENTE: Sim.

(...)

DEFESA: O senhor se recorda se após esse encontro, o Doutor Jun revelou ao senhor de que ele ficou meio... Ficou com medo né, ficou preocupado com a presença dos policiais lá na aldeia?

DEPOENTE: Sim.

(...)".

De todo exposto, conclui-se que o acusado afirmou, através do exame de corpo de delito no detento Eivory Antônio Rocha, que este havia sofrido lesão corporal, no entanto, atestou falsamente ao descrever as equimoses encontradas neste, pois, quando ocorreu a nova perícia no mesmo dia, fora constatado que não haviam tais lesões e, também, ao relacionar as características das lesões com a época da produção, estas não são compatíveis, como fora demonstrado. Assim, entendo que o réu também nessa situação incorreu em dolo eventual, pois aceitou a produção do resultado, assumindo os riscos ao constatar a lesão corporal, baseando-se em elementos que são incoerentes dentro da medicina legal.

O réu incorre em concurso material, visto que, atestou, falsamente, os dois laudos de exame de corpo de delito (art. 69 do Código Penal), em duas oportunidades totalmente distintas.

Isto posto, julgo procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar o réu Jun Iti Hada, como incurso na sanção prevista pelo art. 342 c/c art. 69, ambos do Código Penal, passando a dosar a pena a ser-lhe aplicada.

Passo à dosimetria da pena

1. Quanto ao crime de falsa perícia praticado no exame necroscópico do cadáver de Walter Ferreira de Souza:

Na primeira fase, a culpabilidade é normal a espécie, nada tendo a se valorar; não consta maus antecedentes; não há elementos suficientes nos autos para aferição da conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime e as circunstâncias do crime são inerentes ao tipo penal; as consequências do crime são comuns delito; quanto ao comportamento da vítima, resta prejudicada a moduladora. Assim, fixo a pena-base em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não há atenuantes e agravantes. Fica a pena provisória em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, não há causa de aumento ou diminuição da pena, ficando a pena em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

2. Quanto ao crime de falsa perícia praticado no exame de corpo delito realizado no detento Eivory Antônio Rocha:

Na primeira fase, a culpabilidade é normal a espécie, nada tendo a se valorar; não consta maus antecedentes; não há elementos suficientes nos autos para aferição da conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime e as circunstâncias do crime são inerentes ao tipo penal; as consequências do

crime são comuns delito; quanto ao comportamento da vítima, resta prejudicada a moduladora. Assim, fixo a pena-base em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não há atenuantes e agravantes. Fica a pena provisória em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, não há causa de aumento ou diminuição da pena, ficando em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Presente o concurso material homogêneo (art. 69 do Código Penal), as penas são somadas, ficando definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

O regime inicial a ser cumprida a pena é o aberto, conforme disposto no art. 33, § 1º, "c".

Nos termos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena corpórea por restritiva de direito e multa a serem fixadas pelo juiz da execução.

Após o trânsito em julgado, inscreva-se o nome do réu no "rol dos culpados" (leia-se sistema computacional); comunique-se a condenação aos Institutos de Identificação e ; comunique-se ao juízo eleitoral competente para os fins do art. 15, III, da Carta Política.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais, eis que patrocinado por advogado particular.

Oportunamente, arquivem-se, com baixa, mediante cautelas de estilo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO PENAL. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, O DES. ROMERO OSME DIAS LOPES, E POR FÉRIAS, OS DESEMBARGADORES RUY CELSO BARBOSA FLORENCE E LUIZ GONZAGA MENDES MARQUES.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, MS, 24 de setembro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0014597-78.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO – CRIME DE TRÂNSITO – LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CONDUTA CULPOSA – DESVIO DE BURACO NA PISTA DE DIREÇÃO – EMBRIAGUEZ – ELEMENTO INSUFICIENTE PARA CONFIGURAÇÃO DO DOLO EVENTUAL – NÃO PROVIMENTO.

No caso, a materialidade e autoria estão comprovadas. Contudo, não se identifica o dolo na conduta do agente. A embriaguez é incontroversa, com dados de que o réu é dependente químico (auto de insanidade mental em apenso). A argumentação de que dirigia em alta velocidade e que teria executado manobras perigosas não possuem sequer indícios nos autos, pois inexistente qualquer elemento informativo concreto neste sentido. Resta tão somente o laudo pericial atestando que a causa determinante da colisão foi a invasão da contramão de direção pelo réu em razão do desvio do buraco existente na pista. O citado laudo revela que eventual excesso de velocidade apenas agravou o acidente, mas não foi a causa determinante. Desta feita, para configuração do dolo direto necessária a conduta de querer e para o dolo eventual, de aceitar ou assumir o risco de produzir o resultado, ou seja, mesmo no dolo eventual são necessários os elementos consciência (previsão) e vontade, como descreve o art. 18, I, do CP. O desvio efetuado na direção do veículo desconstitui o dolo, pois é ato reflexo do ser humano desviar de um buraco na pista. Não há que se falar em manobra perigosa. Em homicídio no trânsito a regra é que decorra da culpa. Para que o dolo se manifeste é necessário que o agente demonstre objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, por exemplo, unindo as circunstâncias da embriaguez, direção perigosa, ultrapassagem de sinal, elementos que unidos, não permitem outro fim de agir que não a conduta de "matar alguém". A prova dos autos é segura e incontroversa, de tal forma que a pronúncia manifestaria injustiça, dada a ausência de *animus necandi*.

Contra o parecer, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença que deixou de pronunciar Palmiro Santa Cruz pela prática do crime de tentativa de homicídio e desclassificou para infração não dolosa contra a vida.

Nas razões recursais de fls. 344-362, argumenta que após ingerir bebida alcoólica o recorrido, conduzindo um veículo sem habilitação, começou a efetuar manobras perigosas e trafegar em alta velocidade, sendo que em dado momento perdeu o controle do veículo e atingiu a vítima, que se encontrava do outro lado da rua, pilotando sua bicicleta, causando-lhe os ferimentos que foram a causa da morte desta. Imputa ao réu as condutas descritas no art. 121, § 2º, IV do Código Penal e art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Relata que após o acontecimento, o réu tentou empreender fuga, sendo impedido por transeuntes. Sustenta que o acusado agiu com dolo eventual na prática do crime de homicídio doloso. Requer a reforma da decisão a fim de que seja o recorrido pronunciado e submetido a julgamento pelo Júri.

Em contrarrazões as fls. 373-388, a defesa combate integralmente as alegações da acusação e pugna pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 392-398).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Conforme relatado, trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença que deixou de pronunciar Palmiro Santa Cruz pela prática do crime de tentativa de homicídio e desclassificou para infração não dolosa contra a vida.

Nas razões recursais de fls. 344-362, argumenta que após ingerir bebida alcoólica o recorrido, conduzindo um veículo sem habilitação, começou a efetuar manobras perigosas e trafegar em alta velocidade, sendo que em dado momento perdeu o controle do veículo e atingiu a vítima, que se encontrava do outro lado da rua, pilotando sua bicicleta, causando-lhe os ferimentos que foram a causa da morte desta. Imputa ao réu as condutas descritas no art. 121, § 2º, IV do Código Penal e art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Relata que após o acontecimento, o réu tentou empreender fuga, sendo impedido por transeuntes. Sustenta que o acusado agiu com dolo eventual na prática do crime de homicídio doloso. Requer a reforma da decisão a fim de que seja o recorrido pronunciado e submetido a julgamento pelo Júri.

O recurso não merece provimento**.**

Como é sabido, para a pronúncia são necessários indícios de que o acusado tenha praticado o delito doloso contra a vida.

É possível a desclassificação do crime para outro que não seja de competência do Júri – art. 419 do CPP, como resume Guilherme de Souza Nucci:

"Desclassificação é a decisão interlocutória, modificadora da competência do juízo, não adentrando no mérito, nem tampouco fazendo cessar o processo" (Código de Processo Penal Comentado, 6ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 698).

No caso, a materialidade e autoria dos fatos vêm consubstanciadas pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 04- 09), Laudo Necroscópico (fls. 52-61), Exame em local de Acidente de Tráfego (fls. 135-151), Teste de Alcoolemia (fl. 29) e prova testemunhal.

Contudo, não se identifica o dolo na conduta do agente.

A embriaguez é incontroversa, com dados de que o réu é dependente químico (auto de insanidade mental em apenso).

A argumentação de que dirigia em alta velocidade e que teria executado manobras perigosas não possuem sequer indícios nos autos, pois inexistente qualquer elemento informativo concreto neste sentido.

Resta tão somente o laudo pericial de fls. 132-151, onde consta:

> *"IX – DA DINÂMICA DO EVENTO E COMENTÁRIOS TÉCNICOS.*
>
> *Após análise dos elementos encontrados no local, e ora interpretados, este Perito pode dar a seguinte dinâmica que melhor se encaixa para o evento, não ficando descartadas outras que porventura venham a ser elaboradas a partir de elementos de ordem subjetiva, ou até mesmo objetiva impossibilitados de serem materializados, que possam surgir durante as investigações complementares:*
>
> *'Trafegava o veículo Ford Ka (V1) na Rua Escaramuça, no sentido norte/sul, quando ao entrar na Rua Antônio Prado, no sentido oeste/leste, entrou em um buraco na guia da referida rua; na tentativa de sair do mesmo fez um desvio direcional à esquerda, quando invadiu a contramão de direção e colidiu frontalmente, contra a parte frontal do veículo bicicleta (V2), que trafegava no sentido leste/oeste da Rua Antônio Prado. Arrastou a vítima, que estava sobre a bicicleta, por alguns metros e passou por cima dela, o que levou à sua morte, conforme mostrado no bojo deste relatório.*
>
> ***X - CONCLUSÃO.***
>
> *Em face do exposto, alicerçado nos elementos materiais angariados, e salvo qualquer fator de ordem material e/ou subjetiva que porventura este Perito relator desconheça, infere que a causa determinante da colisão foi a* ***invasão da contramão de direção por parte do condutor do veículo Ford Ka (V1).*** *Ressalte-se que o excesso de velocidade do referido veículo, foi causa agravante do acidente."*

Como se vê do laudo, a causa determinante da colisão foi a invasão da contramão de direção pelo réu em razão do desvio do buraco existente na pista. O citado laudo revela que eventual excesso de velocidade apenas agravou o acidente, mas não foi a causa determinante.

Desta feita, para configuração do dolo direto necessária a conduta de querer e para o dolo eventual, de aceitar ou assumir o risco de produzir o resultado, ou seja, mesmo no dolo eventual são necessários os elementos consciência (previsão) e vontade, como descreve o art. 18, I, do CP.

Não se olvida que o réu tenha ingerido bebida alcoólica momentos antes dos fatos, mas tal circunstância não foi suficiente para o evento, pois no caso, o laudo pericial constata que a causa de ter o réu atingido a vítima, foi o desvio efetuado na direção do veículo, este fator desconstitui o dolo, pois é ato reflexo do ser humano desviar de um buraco na pista. Não há que se falar em manobra perigosa.

Outra seria a conclusão deste julgador se fosse constatado que a soma dos elementos embriaguez, velocidade e manobra perigosa estivessem configuradas, pois aí sim, caracterizado estaria o dolo eventual.

No caso, sendo a causa do acidente o desvio de um buraco na pista de direção, tal conduta não apresenta os elementos do dolo, pois agiu com imprudência, logo, de forma culposa.

Como bem explica Bittencourt:

> *"A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo direto, como seus elementos constitutivos, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentaram os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa."*[1]

Fundamentou o julgador singular em trecho que transcrevo:

> *"Constata-se que, ao ver do órgão acusatório, a assunção, pelo réu, do risco de produção do resultado lesivo (dolo eventual) está consubstanciada na conjugação de três circunstâncias: a embriaguez, a alta velocidade e as manobras perigosas.*
>
> *Ocorre que 'alta velocidade' e 'manobras perigosas' são circunstâncias não provadas nos autos.*
>
> *No momento exato do fato, o réu não mais estava em alta velocidade.*
>
> *A testemunha de f. 255 narra que o réu estava em alta velocidade, mas reduziu para fazer a conversão: 'JUIZ: Certo? O senhor mais ou menos, sabe me precisar quanto que ele estava de velocidade quando ele chegou nessa curva? Mais ou menos. DEPOENTE: Na curva ali, mesmo que ele reduziu dá pra dizer assim uns 40.'*
>
> *Isso prova que, quando atingiu a ofendida, o réu não estava mais em alta velocidade.*
>
> *E, as supostas manobras perigosas foram, na verdade, manobras para sair do buraco.*
>
> *A testemunha supracitada afirma, categoricamente, que o réu perdeu o controle da direção do veículo ao passar por um buraco: 'A curva, no asfalto tinha um defeito, assim, tinha um buraco mesmo. DEFESA: E o senhor viu quando ele bateu nesse buraco e aí perdeu esse, perdeu o controle do carro? DEPOENTE: Só quando ele bateu, ele rampou assim, porque o carro é baixo, o buraco meio alto, rampou, foi onde que foi colidir com ela. (...).*
>
> *Portanto, segundo a prova pericial, corroborada pela prova testemunhal e pela versão apresentada pelo réu, o desvio do buraco resultou em manobra para a pista oposta, o que afasta a tese de manobra perigosa.*
>
> *A embriaguez é fato incontroverso (porque também aceita pelo réu).*
>
> *Mas, da embriaguez não decorre, automaticamente, o dolo eventual."*

Irretocável a bem fundamentada sentença.

Há uma linha muito tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente, pois em ambos os casos o possível resultado é conhecido e não é desejado pelo agente. A diferença reside no fato de que, na culpa consciente o agente sequer cogita a hipótese de tal resultado realmente vir a ocorrer, como penso ter acontecido no caso em análise; enquanto no dolo eventual aceita a possibilidade, simplesmente aceitando o risco de produzir o resultado.

1 BITENCOURT, Cézar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral , vol. 1. 19 ed. São Paulo:Saraiva, 2013.

Em homicídio no trânsito a regra é que decorra da culpa. Para que o dolo se manifeste é necessário que o agente demonstre objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, por exemplo, unindo as circunstâncias da embriaguez, direção perigosa, ultrapassagem de sinal, elementos que unidos, não permitem outro fim de agir que não a conduta de "matar alguém".

A prova dos autos é segura e incontroversa, de tal forma que a pronúncia manifestaria injustiça, dada a ausência de *animus necandi*.

Trago a jurisprudência sobre o tema:

> **Ementa:** *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. EXCESSO DE VELOCIDADE. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DESCLASSIFICAÇÃO.* **A prova produzida sob contraditório judicial não corrobora, suficientemente, a hipótese acusatória descrita na denúncia que dá sustentação ao dolo eventual. Excesso de velocidade não demonstrado por prova pericial. Embriaguez constatada por bafômetro. A embriaguez e o possível excesso de velocidade, sem nenhum outro dado de ordem subjetiva, indicam apenas um agir imprudente. Avançar em relação a isso pressupõe a existência de elementos a indicar tenha o réu previsto e anuído com a possibilidade do resultado, ou, como referido pelo STF no julgamento do HC 107.801, indícios de ter o réu se embriagado com o intuito de praticar o crime. Ausência de indícios suficientes do dolo eventual.** *Desclassificação para a modalidade culposa. RECURSO PROVIDO."* (Recurso em Sentido Estrito n. 70041837667, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 20/10/2011).

> **Ementa:** *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E ART. 312 DO CTB. IMPUTAÇÃO DE DOLO EVENTUAL. PRONÚNCIA DO ACUSADO. NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DE 1º GRAU. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL A CONFIGURAR A HIPÓTESE DE DOLO EVENTUAL, AUTORIZADORA DA SUBMISSÃO DA CAUSA A JÚRI POPULAR. DESPRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 302 DO CTB.* **Em se tratando de delitos de trânsito, a regra geral é a denúncia por crime culposo. O dolo eventual, de outra parte, só se caracteriza quando o agente demonstra objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, o que não se verifica no caso vertente. Ademais, para a embriaguez configurar o dolo eventual, a mesma tem que ser manifesta e determinante para a ocorrência do evento danoso, ou seja, é preciso que se tenha certeza de que o réu realmente estava embriagado e que o acidente de trânsito tenha se dado em razão da embriaguez. Não é suficiente, portanto, para a configuração do dolo eventual, o fato de o réu ter ingerido bebida alcoólica, sendo que o eventual excesso de velocidade deve ser analisado como imprudência, no âmbito da culpa. Impõe-se, portanto, a despronúncia do réu, com a consequente desclassificação do delito de homicídio doloso.** *Recurso provido."* (Recurso em Sentido Estrito n. 70042008029, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20.07.2011) – g.n.

Isto posto, contra o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência da Exmª. Srª. 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, MS, 21 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4009003-47.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME AMBIENTAL – PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – MEDIDA EXCEPCIONAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – VERIFICADO – ORDEM CONCEDIDA.

O trancamento de ação penal, através da estreita e exígua via do *habeas corpus*, configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

A conduta pela qual as pacientes foram incriminadas é atípica, uma vez que se amolda à prática prevista no art. 49, incisos I e V, da Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cujas sanções, previstas no seu art. 50, são de natureza exclusivamente administrativa, sem referência à cumulação com sanções penais. Outrossim, a Resolução n. 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, bem como a Resolução n. 8, de 06.07.2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, não prevêem a captação de água superficial ou subterrânea como atividade potencialmente poluidora, não podendo a simples falta de autorização, que é de natureza administrativa, servir de fundamento para a persecução penal. Da mesma forma, o verbo do tipo descrito no art. 60 da Lei n. 9.605/98 são: *"construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar"* estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, aí não incluída a atividade de captação de água de cursos hídricos naturais (rios, lagoas, riachos, córregos, lençóis freáticos etc.).

Com relação ao disposto no art. 68 da Lei n. 9.605/98, imperioso salientar que, nos termos do § 2º do art. 1º da já mencionada Resolução n. 8, de 06.07.2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, que disciplina o licenciamento ambiental de poços tubulares para captação de água no Estado, há a dispensa de autorização para instalação de poços inferiores a 50 (cinquenta) metros e diâmetro inferior a 4,5 polegadas.

Por fim, ao que tudo indica a água retirada diretamente do subsolo era utilizada somente para manutenção do estabelecimento, e não se destinava à ingestão humana, já que o hotel tem contrato com a concessionária pública para o fornecimento de água e tratamento de esgoto. Ainda que destinada ao consumo humano (do que não há sequer indícios), nada demonstra que houvesse suspeitas mínimas sobre qualquer tipo de contaminação capaz de provocar danos à saúde humana, o que seria imprescindível para a caracterização da conduta criminosa descrita no art. 66 do Código de Defesa do Consumidor.

O processo penal instaurado tem natureza expressiva da conduta ilícita e não preventiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 23 de setembro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Evandro Ferreira de Viana Bandeira e Gérson Koshiikene Damasceno em favor dos pacientes Pousada Mato Grosso - Me e Nancy Girão de Arruda. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Aduz que são acusadas da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 60 e 68, *caput*, todos da Lei n. 9.605/98, bem como art. 66 *caput* da Lei n. 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor.

Requer o trancamento da ação penal, sob a alegação de inépcia da denúncia, pois a exordial acusatória não descreve qual a participação da paciente nas supostas condutas ilícitas.

O pedido de liminar foi indeferido - fls.281.

A autoridade apresentou informações às fls. 285-286.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem fls. 287-293.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Conforme relatado, trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Evandro Ferreira de Viana Bandeira e Gerson Koshiikene Damasceno em favor dos pacientes Pousada Mato Grosso - Me e Nancy Girão de Arruda, em seu próprio favor. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Aduz que são acusadas da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 60 e 68, *caput*, todos da Lei n. 9.605/98, bem como art. 66 *caput* da Lei n. 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor.

Requer o trancamento da ação penal, sob a alegação de inépcia da denúncia, pois a exordial acusatória não descreve qual a participação da paciente nas supostas condutas ilícitas.

Da alegação de inépcia da denúncia.

O impetrante afirma que a denúncia é inepta, argumentando que:

> *"(...) A paciente foi denunciada, pelo que se extrai da peça acusatória e dos documentos que a instruem, apenas e tão somente por ser sócia da pessoa jurídica*

> *Pousada Mato Grosso - Me. Da leitura acurada da denúncia e da análise dos documentos que a instruem, não se extrai a descrição da suposta conduta delituosa que teria sido praticada pela paciente, não restando demonstrado, consequentemente, ainda que de modo superficial, o nexo de causalidade entre a conduta dela (já que descrita pelo 'Parquet') e o resultado tipificado como crime."*

A ordem deve ser concedida.

Primeiramente, ressalto que os Tribunais Superiores têm reiteradamente decidido que o trancamento de ação penal pela via de *habeas corpus* é medida excepcional, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório de que há imputação de fato penalmente atípico, de que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, quando evidente a extinção da punibilidade.

Paulo Rangel, em sua obra, afirma:

> *"(...) há hipóteses em que a concessão do 'habeas corpus' é incompatível com o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal. São os casos de concessão da ordem por manifesta atipicidade do fato ou extinção da punibilidade"* (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 9. ed. 2005:Editora Lumen Juris).

Reproduzo, ainda, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> *"(...) somente se justifica a concessão do 'habeas corpus' por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da fumaça do bom direito, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há fala de justa causa para ação penal."* (Processo Penal Interpretado, Atlas, 2002, p. 1.698).

O Código das Águas em seu artigo 96, *caput*, dispõe:

> *"O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc, das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares."*

Compulsando-se os autos, em que pese a denúncia não ser considerada inepta, vislumbro que a conduta atribuída as pacientes na peça acusatória deve ser considerada atípica, conforme justificado:

> Segundo as lições de Vladmir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, *"Poluição hídrica é todo ato ou fato pelo qual se lance na água qualquer produto que provoque a alteração de suas características ou a torne imprópria para uso. A água é considerada poluída quando a sua composição está alterada, de forma que se torna inadequado para alguma pessoa ou para todas o seu uso no estado natural. São as alterações de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que a tornam nociva para a saúde e o bem-estar da população, ou imprópria para uso, tanto para fins domésticos, agrícolas, industriais e recreativos, como para a fauna e flora."*[1].
>
> Já para Frederico Amado, *"Causar poluição, juridicamente falando, nos moldes do artigo 3º, III, da Lei 6.938/1981, é ocasionar a degradação da qualidade ambiental*

1 VLADMIR Passos de Freitas, Gilberto Passos de Freitas. Crimes contra a natureza: 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 24.

resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos."[2].

As pacientes foram denunciadas pelos crimes descritos nos arts. 60 e 68, *caput*, todos da Lei n. 9.605/98, bem como art. 66, *caput,* da Lei n. 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, as condutas pelas quais as pacientes foram incriminadas são atípicas, uma vez que se amoldam à prática prevista no art. 49, incisos I e V, da Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cujas sanções, previstas no seu art. 50, são de natureza exclusivamente administrativa, sem referência à cumulação com sanções penais, *in verbis*:

"Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:

I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;

II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;

III - (VETADO).

IV - utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga;

V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;

VI - fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos;

VII - infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes;

VIII - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.

Art. 50. Por infração de qualquer disposição legal ou regulamentar referentes à execução de obras e serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos de domínio ou administração da União, ou pelo não atendimento das solicitações feitas, o infrator, a critério da autoridade competente, ficará sujeito às seguintes penalidades, independentemente de sua ordem de enumeração:

I - advertência por escrito, na qual serão estabelecidos prazos para correção das irregularidades;

II - multa, simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, de R$ 100,00 (cem reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais);

2 AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito Ambiental Esquematizado: 4.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2013, pág. 637.

> *III - embargo provisório, por prazo determinado, para execução de serviços e obras necessárias ao efetivo cumprimento das condições de outorga ou para o cumprimento de normas referentes ao uso, controle, conservação e proteção dos recursos hídricos;*
>
> *IV - embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor incontinenti, no seu antigo estado, os recursos hídricos, leitos e margens, nos termos dos arts. 58 e 59 do Código de Águas ou tamponar os poços de extração de água subterrânea.*
>
> *§ 1º Sempre que da infração cometida resultar prejuízo a serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, a multa a ser aplicada nunca será inferior à metade do valor máximo cominado em abstrato.*
>
> *§ 2º No caso dos incisos III e IV, independentemente da pena de multa, serão cobradas do infrator as despesas em que incorrer a Administração para tornar efetivas as medidas previstas nos citados incisos, na forma dos arts. 36, 53, 56 e 58 do Código de Águas, sem prejuízo de responder pela indenização dos danos a que der causa.*
>
> ***§ 3º Da aplicação das sanções previstas neste título caberá recurso à autoridade administrativa competente, nos termos do regulamento.***
>
> *§ 4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro."*

Outrossim, a Resolução n. 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, bem como a Resolução n. 8, de 06.07.2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS , não prevêem a captação de água superficial ou subterrânea como atividade potencialmente poluidora, não podendo a simples falta de autorização, o que não se configura no presente caso, uma vez que foram juntados aos autos documento comprobatório de que já existe em trâmite formulário técnico protocolado para registro do poço artesiano (fls. 44), portanto de natureza administrativa, não podendo servir de fundamento para a persecução penal.

Da mesma forma, o verbo do tipo descrito no art. 60 da Lei n. 9.605/98 são: *"construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar"* estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, aí não incluída a atividade de captação de água de cursos hídricos naturais (rios, lagoas, riachos, córregos, lençóis freáticos etc.).

Assim, *"para a caracterização do delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, poder causar danos à saúde humana."* (STJ, *HC* n. 147.541, de 16.12.2010).

Ademais, a expressão *"sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes"* constitui elemento normativo do tipo, ou seja, se existentes, a conduta do agente será atípica.

Conforme constatado nos autos (fls. 35-46), as pacientes possuem todos os documentos necessários para o seu funcionamento, dentro das normas e condições estabelecidos.

Destarte, não estando a atividade de captação de água superficial prevista como crime na Lei n. 9.605/98 ou no rol de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores sujeitos a licenciamento ambiental (Resolução n. 237/97 do CONAMA), atípica é a conduta narrada na exordial.

Assim, ante a evidente atipicidade da conduta, já que a matéria é regulada exclusivamente por legislação de âmbito civil e administrativo, impositivo é o trancamento da ação penal.

Nesse sentido já julgou o STJ:

> *"CRIMINAL. 'H.C.' CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA.* ***TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA.*** *INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO PACIENTE COM O FATO DELITUOSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.* ***ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PERIGO OU DANO À SAÚDE HUMANA.*** *PLEITO ALTERNATIVO DE ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO CULPOSO. CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARGUMENTOS PREJUDICADOS.* ***ORDEM CONCEDIDA.***
>
> *Hipótese na qual o paciente, processado pela suposta prática de crime contra o meio ambiente, alega inépcia da denúncia, por não ter sido individualizada sua conduta, e falta de justa causa para a ação penal, em virtude da não caracterização do perigo ou dano à saúde humana, requerendo o trancamento do feito ou, alternativamente, a adequação de sua conduta ao tipo culposo, com a conseqüente extinção de sua punibilidade. A jurisprudência desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente –, não denota que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada.*
>
> *Entendimento que deve ser estendido ao presente caso, no qual a denúncia não descreveu qualquer fato apto a demonstrar a ligação do acusado com o fato da música produzida na empresa de sua propriedade estar fora dos limites legalmente estabelecidos, podendo ocasionar danos à saúde humana.*
>
> *O simples fato de o réu ser sócio-proprietário da empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.*
>
> *A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.*
>
> *Precedentes. Deve ser declarada a nulidade da denúncia oferecida contra o paciente, por ser inepta, determinando-se o trancamento da ação penal, restando prejudicados os demais argumentos expostos pela impetração.*
>
> *Ordem concedida, nos termos do voto do Relator, restando prejudicados os demais argumentos expostos na inicial."* ('*H.C.*' 48276/MT - '*H.C.*' 2005/0159228-6 - STJ - Relator Ministro GILSON DIPP - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA – Julgamento 04.05.06).

Com relação ao disposto no art. 68 da Lei n. 9.605/98, imperioso salientar que, nos termos do § 2º do art. 1º da já mencionada Resolução n. 8, de 06.07.2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, que disciplina o licenciamento ambiental de poços tubulares para captação de água no Estado, há a dispensa de autorização para instalação de poços inferiores a 50 (cinquenta) metros e diâmetro inferior a 4,5 polegadas de diâmetro. Vejamos:

> *"Art. 1° - A instalação de poços tubulares profundos, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, será ambientalmente autorizada de acordo com as disposições desta Resolução.*
>
> *(...).*

> *§ 2º Ficam dispensadas da obtenção da autorização de que trata o 'caput' deste artigo as seguintes formas de captação de água subterrânea:*
>
> *I. perfuração e operação de poços de grandes diâmetros, escavados manualmente, dotados ou não de revestimento com tijolos ou anéis de concreto; e*
>
> *II. perfuração e operação de poço tubular com profundidade inferior a 50 metros e diâmetro inferior a quatro polegadas e meia (4,5 pol). (art. com redação dada pela Resolução SEMAC n. 06 de 10 de julho de 2012) (...).''*

Por fim, ao que tudo indica, o poço está dentro das medidas estabelecidas e a água retirada diretamente do subsolo era utilizada somente para manutenção do estabelecimento, e não se destinava à ingestão humana, já que o hotel tem contrato com a concessionária pública para o fornecimento de água e tratamento de esgoto. Ainda que destinada ao consumo humano (do que não há sequer indícios), nada demonstra que houvesse suspeitas mínimas sobre qualquer tipo de contaminação capaz de provocar danos à saúde humana, o que seria imprescindível para a caracterização da conduta criminosa descrita no art. 66 do Código de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a ordem de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal, ante a atipicidade das condutas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exmª. Srª. 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, MS, 23 de setembro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0031471-07.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – DESOBEDIÊNCIA – ART. 301 DO CPM – ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE DOLO – DESCABIMENTO – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA – *ACTIO LIBERA IN CAUSA* – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO ACOLHIMENTO – MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS – RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA REGRA DO CP COMUM – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Nos termos da legislação castrense, somente a embriaguez acidental é capaz de conduzir à inimputabilidade ou semi-imputabilidade, efeito jurídico que não é alcançado quando o estado de ebriedade decorreu de conduta voluntária ou culposa. Incide, na espécie, a teoria da *actio libera in causa*, deslocando-se a aferição da imputabilidade para o momento em que o agente opta por deixar o estado de sobriedade a fim de que seja responsabilizado pelos atos praticados durante a embriaguez.

II – Restam caracterizados os maus antecedentes quando comprovado nos autos que o réu ostenta condenações definitivas por fatos anteriores, circunstância a legitimar a elevação da pena-base.

III – Imperiosa a aplicação da *fictio juris* do crime continuado se o caso retrata a ocorrência de dois crimes da mesma espécie (e que não tutelam bens jurídicos inerentes à pessoa) praticados mediante mais de uma ação e que, pelas similares condições de tempo, lugar e maneira de execução, demonstra que o subsequente pode ser considerado como continuação do primeiro. Outrossim, nada obstante tratar-se de delito militar sujeito à legislação castrense, a jurisprudência especializada tem adotado vertente de política criminal no sentido de fazer incidir a regra do art. 71 do Código Penal Comum aos casos de crime continuado, eis que mais benéfica, portanto em observação do caráter *in bonan partem* (STM; Emb. 13-97.2006.7.03.0103; Rel. Min. William de Oliveira Barros; DJSTM 10.06.2013).

IV – Recurso parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso e reconhecer o crime continuado, aplicando a regra prevista pela legislação comum (art. 71, *caput*, do Código Penal), de modo a reduzir a reprimenda ao total de 03 meses e 15 dias de detenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Carlos Augusto Russo Rodrigues interpõe o presente apelo em face do édito condenatório prolatado pelo c. Conselho Permanente de Justiça da Auditoria Militar Estadual, que o condenou como incurso no art. 301 do Código Penal Militar (02 vezes), infligindo-lhe à pena total de 06 meses de detenção em regime inicial aberto.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas colacionadas ao feito revelam-se insuficientes para a comprovação do dolo exigido pela figura típica, porquanto sustenta que não estava *"consciente que sua conduta representaria crime de desobediência"* devido ao uso de medicamentos e ingestão de bebidas alcoólicas, razão pela qual pugna por sua absolvição. Alternativamente requer a redução da pena-base e a aplicação da regra do crime continuado (p. 257-268).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o apelo defensivo (p. 271-284).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo parcial provimento do recurso (p. 287-291).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Narra a exordial acusatória que (p. 01-02):

> *"(...) no dia 22 de dezembro de 2010, (...), em Campo Grande/MS, o denunciado CB PM Carlos Augusto Russo Rodrigues desobedeceu à ordem legal do SGT PM Nilson Godoi Mendes, bem como, desacatou o referido militar, seu superior hierárquico, procurando deprimir-lhe a autoridade; tendo, na mesma ocasião, desobedecido à ordem legal emanada pelo CAP PM Juracy Pereira.*
>
> *Apurou-se que, na ocasião dos fatos, a guarnição da viatura Tático do 9º BPM, comandada pelo SGT PM Godoi, foi acionada via Ciops para o atendimento de uma ocorrência envolvendo um CB PM da polícia militar.*
>
> *Ato contínuo, a guarnição compareceu no local e encontrou a Sra. Ilza Rodrigues de Morais, esposa do CB PM Carlos Augusto Rodrigues, a qual relatou à equipe policial que havia sido agredida fisicamente por seu marido, através de tapas e socos, e que o agressor encontrava-se no interior da residência.*
>
> *Na sequência, o SGT PM Godoi solicitou ao CB PM Rodrigues que saísse de dentro da casa, a fim de que pudessem conversar, ocasião em que o mesmo recusou-se em obedecer à ordem policial, dizendo que não sairia de dentro de sua residência e que o SGT PM Godoi não passava de um recruta. Sendo assim, o referido militar informou o fato, via Ciops, ao Comando do 9º BPM que enviou o oficial ronda, CAP PM Juracy Pereira da Paz.*
>
> *Comparecendo no local, o CAP PM Juracy Pereira solicitou que o CB PM Rodrigues entregasse sua arma de fogo e, por várias vezes, pediu ao mesmo que acompanhasse a guarnição até a Delegacia de Policia Civil, momento em que este saiu do interior de sua residência e entregou sua arma de fogo, porém recusou-se em acompanhar a guarnição até a Delegacia de Policial Civil, apontando em riste o dedo indicador em direção ao rosto*

> *do sargento dizendo: 'que era policial há mais de 20 anos e, portanto, não seria preso por policiais mais novos', reagindo de forma contrária a ordem policial.*
>
> *Sendo assim, diante das várias recusas do denunciado e das ofensas por ele proferidas, o CAP PM Pereira emanou-lhe voz de prisão, tendo sido o mesmo detido e conduzido até a Delegacia de Polícia Civil, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante e, em seguida, encaminhado ao Presídio Militar Estadual.*
>
> *Da maneira como agiu, o CB PM Carlos Augusto Russo Rodrigues cometeu os delitos que se amoldam ao artigo 298 (desacato à superior) e 301 (desobediência) ambos do Código Penal Militar. (...).*"

Recebida a inicial e concluída a instrução, restou prolatado pelo c. Conselho Permanente de Justiça da Auditoria Militar Estadual o édito condenatório, que julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada pelo Ministério Público Estadual, condenou Carlos Augusto Russo Rodrigues como incurso no art. 301 do Código Penal Militar (02 vezes), infligindo-lhe a pena total de 06 meses de detenção em regime inicial aberto.

Irresignado, apela a esta Corte.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas colacionadas ao feito revelam-se insuficientes para a comprovação do dolo exigido pela figura típica, porquanto sustenta que não estava "*consciente que sua conduta representaria crime de desobediência*" devido ao uso de medicamentos e ingestão de bebidas alcoólicas, razão pela qual pugna por sua absolvição. Alternativamente requer a redução da pena-base e a aplicação da regra do crime continuado.

Passo à análise da pretensão recursal.

Ab initio, em relação ao pedido absolutório, deve ele ser tido por improcedente, eis que as provas comportam fartamente a conclusão condenatória.

Vejamos.

A d. Defesa não se volta contra a apuração dos fatos, mas apenas e tão-somente em relação à caracterização do elemento subjetivo, sustentando que o uso de medicação controlada em conjunto com a ingestão de bebida alcoólica resultou em completa afetação do raciocínio, prejudicando a capacidade de autodeterminação, afirmando, assim, que durante o episódio o apelante não estava "*consciente que sua conduta representaria crime de desobediência*".

Sem razão, entrementes.

Consoante leciona Cleber Masson, a embriaguez pode ser conceituada como sendo "*a intoxicação aguda produzida no corpo humano pelo álcool ou por substância de efeitos análogos, apta a provocar a exclusão da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*" (Direito Penal Esquematizado – parte geral – v. 01, 4ª ed., Rio de Janeiro:Forense e São Paulo:Método, 2011, p. 463).

Ao tratar do tema, dispõe o Código Penal Militar, em seu art. 49, que:

> *"Art. 49 – Não é imputável o agente que, por* ***embriaguez*** *completa* ***proveniente de caso fortuito ou força maior****, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

> *Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de uma a dois terços, se o agente por* ***embriaguez fortuita ou força maior****, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."* (negritei).

Como se vê, a legislação castrense não olvidou dos efeitos da embriaguez no ânimo do agente, pontuando de modo muito claro as consequências jurídicas advindas desse fato de forma muito similar ao previsto na legislação comum.

Impende destacar que somente a embriaguez acidental – tal qual a disciplina adotada pelo Código Penal – é capaz conduzir à inimputabilidade ou mesmo à semi-imputabilidade, eis que o dispositivo acima é expresso nesse sentido, conforme acima destacado no texto legal. *A contrario sensu,* resta a conclusão acerca da impossibilidade da embriaguez voluntária ou culposa acarretar no afastamento da responsabilidade penal pela afetação da autonomia de vontade.

A esse respeito é a jurisprudência dos Tribunais Militares Pátrios:

> *"(...) A alteração do estado de consciência decorrente da embriaguez só afasta a imputabilidade pelo delito quando decorrente de caso fortuito ou força maior. Aplicação expressa do art. 49 do CPM. Existindo a deliberada ingestão de bebidas alcoólicas pelo agente, é irrelevante a alegada inconsciência dos atos praticados para sua responsabilização penal. (...)."* (TJM/RS. Apelação Criminal n. 3286-77.2010.9.21. rel. Juiz - Cel. Paulo Roberto Mendes Rodrigues, j. 3.2.2011).

> *"(...) Não há que se falar em ausência de dolo, face à alegação de embriaguez, uma vez que só se exclui a imputabilidade do agente quando esta for proveniente de caso fortuito ou força maior, o que não restou demonstrado nos autos. (...)."*. (TJM/MG, Apelação Criminal n. 2.515, rel. Juiz - Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos, j. 14.10.2008).

No caso dos autos, o próprio apelante confessou no interrogatório judicial que ingeriu bebida alcoólica durante um churrasco e depois disso, ao chegar em casa, fez uso de medicação controlada (p. 140-144):

> *"(...) JUIZ: Eu vou ser (ininteligível) aqui nos autos que o senhor teria (...) Fazendo um churrasco teria bebido cerveja, o senhor bebeu cerveja ou o senhor realmente bebeu algum medicamento (...)*
>
> *DEPOENTE: Não. Eu Tinha tomado acho que uma ou duas cervejas, sim senhor. Aí começou uma discussão com minha esposa, aí foi onde deu todo esse negócio. Eu entrei para dentro da minha casa, catei meu remédio, tirei a munição do revólver, entrei tomei o medicamento e fui dormir. Se bem que o próprio capitão e mais o Cabo Jota Silva e quem estava lá, eles quase bateram para arrebentar minha porta. Eu acordei zonzo e grogue. O senhor está me entendendo.*
>
> *JUIZ: O senhor tinha bebido e depois tomou o remédio?*
>
> *DEPOENTE: Depois tomei o meu remédio, senhor. O senhor esta entendendo. Porque o médico falou para mim, se eu tiver muito nervoso para eu tomar o remédio. E antes de dormir também.*
>
> *JUIZ: Mesmo com bebida?*
>
> *DEPOENTE: (ininteligível) bebida, senhor. (...)."*

Nesse contexto, a embriaguez invocada pela Defesa não se mostra apta a afastar a responsabilidade penal, eis que flagrantemente voluntária – ou no mínimo culposa.

Ademais, contrariamente ao que sustenta a Defesa, não é crível que o apelante simplesmente ignorasse eventuais consequências da conjugação do álcool com a medicação, eis que em seu interrogatório revelou que se submete ao tratamento há pelo menos 20 anos, sendo, portanto, conhecedor dos fatores que podem resultar em prejuízo ao seu controle emocional.

Na espécie, incide a teoria da *actio libera in causa*, deslocando-se a aferição da imputabilidade para o momento em que o agente opta por deixar o estado de sobriedade, embriagando-se mesmo de que forma voluntária ou culposa, a fim de que seja responsabilizado pelos atos praticados durante a ebriedade.

Nesse sentido é a jurisprudência do e. Superior Tribunal Militar:

> *"(...) O Código Penal Militar adotou a teoria da actio libera in causa, pela qual não se exclui a imputabilidade penal de quem se colocou, de modo voluntário ou culposo, na posição de incapacidade de entender o caráter ilícito do fato. (...)."*. (STM; APL 158-25.2011.7.01.0301; RJ; Tribunal Pleno; Relª. Minª. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; em 08.05.2013; Pág. 3).

Logo, não há falar em atipicidade da conduta.

No que tange à pena-base, esta foi fixada nos seguintes moldes:

> *"(...) Tendo em vista as circunstâncias judiciais (CPM, art. 69), especialmente no que se refere aos antecedentes criminais (f. 226/229) pois, diante da leitura destes, fica evidenciado que o acusado é tendencioso na prática de crimes de ameaça, bem como de violência doméstica, sendo que esta última modalidade criminosa é que motivou o atendimento da ocorrência que culminou na consumação dos delitos que ensejaram os presentes autos.*
>
> *Diante disso, fixam-se as respectivas penas-base acima do mínimo legal, mais precisamente em 3 (três) meses de detenção para cada crime de desobediência, totalizando em 6 (seis) meses de detenção (...)."*

Como se vê, na 1ª fase da dosimetria a reprimenda restou exasperada em face da valoração negativa dos antecedentes.

Pois bem.

Segundo colhe-se da certidão de p. 226-227, o apelante registra duas condenações definitivas anteriores pela prática do delito militar de ameaça, caracterizando os maus antecedentes criminais (*ex vi* do enunciado n. 444 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça, aqui também aplicável), circunstância que por si só revela-se suficiente à majoração da pena-base na proporção aplicada.

Inexiste, pois, qualquer reparo a ser realizado.

Por fim, em relação à pretendida aplicação da regra do crime continuado, tenho que assiste razão à Defesa.

Consoante restou demonstrado nos autos, o apelante se envolveu em fatos que – supostamente – estariam abrigados na Lei n. 11.340/06, motivo pelo qual uma guarnição da Polícia Militar Estadual foi acionada por terceiras pessoas com o fim de atender a ocorrência.

Lá chegando, o SGT PM Godoi ordenou ao apelante (ocupante do posto de Cabo da PM) que deixasse o interior da residência, a fim de que o acompanhasse até a sede da delegacia de polícia para adoção das providências relativas à situação de violência doméstica ali aparentemente retratada, o que não restou acatado (p. 176-179):

> *"(...) JUIZ: O quê que ocorreu exatamente (ininteligível)?*
>
> *DEPOENTE: No dia dos fatos estava de serviço nosso centro de operações designou que minha viatura deslocasse até a residência do cabo, que o mesmo tinha entrado em vias de fato lá, desentendimento familiar com a esposa e ameaça.*
>
> *(...).*
>
> *JUIZ: A esposa dele informou?*
>
> *DEPOENTE: Informou que ele estava no interior da residência fechado, aí cheguei até a residência fechada o chamei pelo nome, ali respondeu no interior da residência, porém se recusou a sair para fora.*
>
> *JUIZ: O quê que ele dizia?*
>
> *DEPOENTE: Dizia (ininteligível) dizia que não ia sair. Me identifiquei como Sargento Godoi e o mesmo se negou a sair.*
>
> *(...)".*

Não vislumbrando alternativa, o SGT PM Godoi optou por conduzir a vítima até a presença da autoridade policial, contactando, nesse ínterim, o Comando do 9º BPM, que então designou o Oficial de Ronda para atender a ocorrência, e assim ao local compareceu a guarnição comandada pelo CAP PM Juracy Pereira.

Referido oficial, após despender considerável esforço, logrou recolher a arma de fogo do apelante, mas, todavia, também teve recusada sua determinação para que o acompanhasse até a Delegacia de Polícia Civil, fazendo-se necessário dar-lhe voz de prisão (p. 144-146):

> *"(...) JUIZ: Senhor Juracy Pereira da Paz, o senhor foi aqui indicado como testemunha no processo criminal, onde é denunciado o acusado Policial Carlos Augusto Russo Rodrigues. O denunciado sob acusação de desacato e desobediência, posto que de acordo com a acusação do dia 22 de dezembro de 2010, por volta das 20:00, Conjunto Habitacional Serraville. O acusado teria desobedecido à ordem do Sargento Nilson Godoi, na ocasião que o referido sargento teria ido à residência do acusado, atender uma ocorrência de suposta violência doméstica, em que era acusado o policial aqui denunciado, Carlos Augusto Russo. Na ocasião, de acordo com a denúncia, o acusado não teria atendido a ordem do policial que se dirigiu ao local, o Policial Nilson Godoi, para sair da residência. E, além disso, de (ininteligível) ainda teria desacatado referido sargento, na medida em que teria dito ao referido sargento que ele não passava de um recruta, de modo que não saía da sua residência. Somente após a chegada do senhor ao local teria então o réu saído do interior da residência. Ao que consta da denúncia também nessa oportunidade mostrou em riste o dedo ao Sargento Godoi, que estava ali na ocorrência. O senhor como testemunha presta depoimento sob compromisso legal. Eu pergunto, capitão, o quê que o senhor se recorda desse fato aqui mencionado em que é acusado o Réu Carlos Augusto Russo?*
>
> *DEPOENTE: Bom, na época eu era capitão né. Estava de serviço de oficial ronda (ininteligível), e fui chamado pelo CIOPS para dar apóio à guarnição do tático, né. Que essa*

guarnição é comandada pelo Sargento Godoi, diz que havia uma ocorrência envolvendo um Policial Militar. E aí deslocamos ao local junto com a guarnição do tático, e ao chegar no local nós batemos, a casa estava fechada a gente se deslocou com a esposa dele, que já tinha sido agredida por ele né. A esposa ficou dentro da viatura e nós descemos. Batemos palmas né, e aí identifiquei como Oficial de Ronda. Ele atendeu a gente pela porta do fundo, e aí eu solicitei para que ele entregasse a arma, e ele entregou a arma numa boa, um revólver calibre 38. E perguntamos o que tinha acontecido né, e ele falou que realmente havia tido um interveio com a esposa dele. E como ele estava sendo acusado de lesão corporal, violência doméstica e ameaça, eu convidei ele naquela ocasião a comparecer a delegacia para prestar esclarecimentos. E ele se recusou né (ininteligível) ele tinha mais de 20 anos de serviço, e que não iria com ninguém ali porque só tinha recruta. E na ocasião eu estava presente também.

JUIZ: Ele falou isso ao senhor?

DEPOENTE: Não, eu estava presente também. Estava eu, o Sargento Godoi, Cabo J.Silva e Cabo Wanderlei. E eu novamente falei: 'Sou o Capitão Pereira.', me identifiquei, 'Oficial de Ronda, estou convidado o senhor para comparecer a delegacia para prestar esclarecimentos.'. E por várias vezes tentamos levar ele até a delegacia, digamos assim, pacificamente. E diante de tanta recusa, eu falei: 'Bom a partir desse momento eu vou dar uma ordem legal para o senhor, a minha ordem é que o senhor acompanhe a gente até a delegacia.'. Novamente ele, vamos dizer assim desfez né, nem ligou para nada e 'Não vou para delegacia de jeito nenhum.'. Aí eu falei: 'Então o senhor está preso né, tem o direito de permanecer calado...'. E aí tivemos, e falou 'Preso não estou.'. E tivemos que usar a força física para conduzi-lo até a delegacia. (...).''

Têm-se, pois, que mediante mais de uma ação foram praticados dois crimes da mesma espécie (que não tutelam bens jurídicos inerentes à pessoa), sendo que pelas similares condições de tempo, lugar e maneira de execução, deve ser aplicado ao caso a *fictio juris* do crime continuado a fim de que o subsequente seja considerado como continuação do primeiro.

Ressalto, outrossim, que nada obstante tratar-se de delito militar sujeito à legislação castrense, a jurisprudência especializada tem adotado vertente de política criminal no sentido de fazer incidir a regra do art. 71 do Código Penal Comum aos casos de crimes continuados, eis que mais benéfica (analogia *in bonan partem*), conforme segue:

"(...) Ao promover a reforma parcial do Acórdão embargado, esta Corte não se desviou dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade na minoração da pena imposta ao embargante, definindo-a em 02 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, como incurso no artigo 311 do CPM c/c o artigo 71 do CP comum, não obstante a pluralidade de condutas perpetradas nos autos, num total de 38 (trinta e oito). (...).". (STM; Emb 13-97.2006.7.03.0103; RS; Tribunal Pleno; Rel. Min. William de Oliveira Barros; DJSTM 10/06/2013; Pág. 2) – grifei.

"(...) São tomados em conjunto, um como continuação do outro, o furto simples e o furto qualificado havidos a partir da prática de atos conexos, com identidade de tempo, espaço e modo de execução, além da unidade de desígnios. Inteligência do art. 71 do Código Penal Comum, em substituição à regra do art. 79, 'caput', do Código Penal Militar, por oferecer critérios mais justos e proporcionais à fixação da pena. (...).". (STM; APL 0000009-47.2007.7.02.0202; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. José Américo dos Santos; DJSTM 16.09.2011; Pág. 5).

"PECULATO. CRIME CONTINUADO. JUÍZES MILITARES. TRATAMENTO.

> *Militares graduados que, no âmbito de hospital militar, quando de serviço como Auxiliares de Enfermagem plantonistas de UTI, ao providenciarem a retirada de medicamentos da farmácia do próprio nosocômio, adulteravam as prescrições médicas, apropriando-se das quantidades acrescidas. A prática reiterada de condutas que, pelas condições de lugar, de tempo, de modo de execução e de outras circunstâncias, mais se ajustam à modalidade de crime continuado. Aplicação subsidiária, 'in bonam partem', da regra contida no art. 71 do Código Penal (comum), que melhor aproveita aos Sentenciados. Aos Oficiais integrantes dos Conselhos de Justiça das Auditorias da Justiça Militar da União é assegurado o direito de receber tratamento de Juízes Militares (art. 122, II, da CF e demais disposições legais - Lei n. 8.457/92, CPM, CPPM, etc.). Recurso Ministerial provido. Decisão majoritária."* (STM; APL 2004.01.049623-8; Rel. Min. Flávio de Oliveira Lencastre; Julg. 06.12.2004; DJU 21/03/2005).

No mesmo eito colho o seguinte precedente desta Corte:

> *"(...) O art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva), que prevê aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), pode ser aplicado a crime militar, tendo em vista ser legislação comum mais benéfica ao réu que a legislação castrense. (...)."* (TJMS; ACr.-Recl. 2010.026240-5/0000-00; Campo Grande; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJEMS 16.12.2010; Pág. 55).

Dessa forma, considerando que se tratam de 02 delitos com penas estabelecidas em patamar idêntico (03 meses de detenção), estabeleço a majoração em 1/6 (art. 71, *caput*, do Código Penal), fixando a reprimenda definitivamente em 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, mantidas, no mais, as demais disposições contidas na r. sentença de 1º grau.

Conclusão

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 o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer o crime continuado, aplicando a regra prevista pela legislação comum (art. 71, *caput*, do Código Penal), de modo a reduzir a reprimenda ao total de 03 meses e 15 dias de detenção.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência da Exmª. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0814205-08.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INJÚRIA SIMPLES – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ABSOLVIÇÃO – DESCABIMENTO – NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA – FIRME CONJUNTO PROBATÓRIO – PERDÃO NÃO CARACTERIZADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – Improcedente o pleito absolutório se o conjunto probatório revela-se suficiente e harmônico no sentido de que o querelado dirigiu à ofendida a expressão ofensiva "*vagabunda*", atingindo-lhe a honra subjetiva e por isso afetando sua dignidade e decoro, conforme harmônicos testemunhos, inclusive de pessoa que presenciou o fato, em sintonia a palavra da ofendida e demais elementos informativos colacionados ao feito.

II – Inexistindo comprovação de que a querelante, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria, ou de que a ofensa a honra subjetiva foi pronunciada em retorsão imediata à outra injúria, impossível torna-se o pretendido reconhecimento do perdão disciplinado no § 1º do art. 140 do Código Penal.

III – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

J. I. de A. interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 140 do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 01 mês e 05 dias de detenção em regime inicial aberto, substituída pela restritiva de limitação de final de semana.

Aduz em síntese, nas razões, que ao feito não foram carreadas provas seguras acerca da conduta delitiva narrada na inicial, sustentando que negou veementemente a autoria e as testemunhas ouvidas em juízo tratam-se de pessoas interessadas em sua condenação. Argumenta, ainda, que o fato não acarretou em

qualquer repercussão negativa à vítima, assim como que esta chegou a perdoar-lhe tacitamente ao aceitar uma proposta de acordo. Assim, almeja ver-se absolvido do delito de injúria (p. 171-178).

As contrarrazões da querelante (ora apelada) foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 183-188), as quais restaram ratificadas pelo Rep. do *parquet*, que oportunamente ainda prequestiona, no caso de desfecho diverso do pretendido, a violação ao art. 4º da Lei n. 11.340/06; a negativa de vigência ao disposto no art. 1º, inc. III, no art. 5º, inc. XLI e § 2º, e no art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal, além da divergência à interpretação atribuída à matéria pelo e. Superior Tribunal de Justiça (p. 192-197).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo não provimento do apelo (p. 205-207).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Narra a queixa-crime que (p. 01-06):

> *"(...) 3. No dia dos fatos que originaram o Boletim de Ocorrencia n. 1701/2011/1 DEAM, a Querelante se encontrava, numa festa julhina 'Arraiá da Câmara', promovida pela Câmara Municipal de Campo Grande, onde participavam parlamentares da Casa de Leis, Autoridades de nosso Estado, funcionários e parentes.*
>
> *(...)*
>
> *5. No momento em que a Querelante entabulava conversação com a Vereadora T. H. o locutor da festa começou a chamar os participantes da quadrilha para darem inicio a apresentação, oportunidade na qual, foi surpreendida pelo Querelado, ao ser segurada com violência pelo braço bem como aos gritos disse: 'sua vagabunda, você não vai dançar com ninguém, quero saber quem é o noivo'.*
>
> *6. A atitude do Querelado em invadir a festa da Casa de Leis, alem de humilhar e ofender a Querelante tambem causou enormes constrangimentos dando origem a inumeros comentários dos presentes pois a quadrilha atrasou e não ocorreu da forma prevista, sendo inclusive, substituído o noivo que deixou de participar por receio do destempero do causador do tumulto (Querelado).*
>
> *7. A Querelante é assessora parlamentar da Vereadora T. H. desde maio de 2010. Alem disso exerce ativamente a profissão de advogada. É mãe de A., sogra de L. com quem a época trabalhava em sua companhia e avó do pequeno A., todos presentes no local dos fatos.*
>
> *8. Embora a Querelante não estivesse em seu local de trabalho no momento em que sofreu as ofensas irrogadas pelo Querelado é obvio que esse fato repercutiu negativamente em sua vida profissional e pessoal uma vez que o evento era da Camara Municipal e no local havia funcionários da Casa de Leis e amigos, o que gerou repercussão em seu ambiente de trabalho, inclusive com destaque nos meios de comunicação local.*
>
> *9. A imagem da Querelante foi danificada uma vez que passou a ser alvo de comentários e especulações dando vazão a inúmeras chacotas, dentro e fora de seu ambiente de trabalho, o que por certo contaminou sua reputação vindo, inclusive, a impedir que venha a ter participação em eventos da Casa de Leis.*

> *10. A situação é tão grave que gerou um desconforto a presença da Querelante em eventos de confraternização com amigos de trabalho ou pessoal uma vez que o receio se funda na aparição do Querelado e seu destempero emocional uma vez que todos, sem distinção, temem represálias daquele que é afamado por ser 'perigoso e vingativo'.*
>
> *11. Inúmeras pessoas, muitas das quais autoridades de nosso Município e Estado se faziam presentes no local dos fatos e puderem ver e ouvir as ofensas e destempero do Querelado e aquelas que não se encontravam próximas ficaram sabendo do ocorrido, o qual se espalhou por todo o evento, sendo inclusive, com a presença da imprensa, difundido nos meios de comunicação escrito e via internet.*
>
> *12. O fato tornou-se público vindo a macular a honra da Querelante pois a atitude do Querelado e suas declarações difamatórias e injuriosas, repercutiram negativamente na sua vida pessoal, social e familiar. (...).*"

Recebida a inicial e concluída a instrução do feito, o Juízo da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada pela querelante, condenando J. I. de A. como incurso no art. 140 do Código Penal, e por consequência infligiu-lhe a pena de 01 mês e 05 dias de detenção em regime inicial aberto, substituída pela restritiva de limitação de final de semana.

Irresignado, apela a esta Corte.

Nas razões, aduz em síntese que ao feito não foram carreadas provas seguras acerca da conduta delitiva narrada na inicial, sustentando que negou veementemente a autoria e que as testemunhas ouvidas em juízo tratam-se de pessoas interessadas em sua condenação. Argumenta, ainda, que o fato não acarretou qualquer repercussão negativa à querelante, assim como afirma que esta chegou a perdoar-lhe tacitamente ao aceitar uma proposta de acordo. Assim, almeja ver-se absolvido do delito de injúria.

Passo à análise da pretensão recursal

Dispõe o art. 140 do Código Penal que:

> *"Art. 140- Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:*
>
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa."*

Acerca das elementares da figura típica em apreço, bem elucida Aníbal Bruno que:

> *"(...) O código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre esses dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costuma-se definir a dignidade como o sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral; o decoro como sua respeitabilidade. Naquela estariam contidos valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste, qualidades de ordem física e social que conduzem o indivíduo à estima de si mesmo e o impõem ao respeito dos que com ele convivem. (...)."* (Direito Penal, v. 1, São Paulo: Forense, 1996, p. 313).

Assim, a conduta delitiva consiste na ofensa à honra subjetiva da pessoa, que fere o sentimento próprio acerca de seu atributos morais, físicos, intelectuais ou sociais, podendo ser expressada por "*palavra insultuosa, o epíteto aviltante, o 'xingamento', o impropério, o gesto ultrajante, todo e qualquer ato, enfim, que exprima desprezo, escárnio ou ludíbrio*" (RJTACRIM 7/78).

Pois bem.

Segundo infere-se dos autos, o apelante e a ofendida mantinham união estável, a qual, há época, tinha sido rompida. Na data dos fatos (01.07.2011) acontecia tradicional festejo promovido pelo Legislativo Municipal (festa de São João da Câmara Municipal de Campo Grande, embora na ocasião tenha sido realizada no mês de Julho), no qual a querelante participaria de uma apresentação de dança. Ao que consta, durante o transcorrer das comemorações o apelante se aproximou da ofendida e dirigiu-lhe palavras ofensivas, suficientes à caracterização do crime de injúria.

Consta do registro da ocorrência policial que *"o autor chegou e apertando seus braços com as mãos proferiu os seguintes dizeres: 'sua vagabunda, você não vai dançar com ninguém, quero saber quem é o noivo'. Alega a vítima que era a noiva da festa junina, sendo que o autor causou grande transtorno tentando impedir sua passagem, sendo contido pela testemunha e seguranças"* (p. 09).

Semanticamente a expressão *"vagabunda"* carrega consigo sentido pejorativo, sendo o *"mesmo que vadia"*, *"mulher que, sem viver da prostituição, leva vida devassa ou amoral",* que por sua vez remete à *"pessoa destituída de senso moral"* (HOUAISS, Dicionário eletrônico da língua portuguesa, v. 1.5).

Vê-se que nenhuma dubiedade pode ser associada ao termo, o qual, numa abrangência cultural e social, mormente diante das condições pessoais da ofendida (advogada, servidora pública do Legislativo Municipal que por ocasião dos fatos ocupava o cargo de assessora parlamentar, participante ativa de encontros religiosos, mãe, avó e etc.), evidenciam o caráter moralmente ofensivo, capaz de atingir a honra subjetiva, afetando, pois, a dignidade e o decoro.

Tratando-se de crime formal, consuma-se a partir do momento em que o sujeito passivo toma conhecimento da ofensa, compreendendo-a, independentemente de ocasional afetação emocional ou outro efeito danoso (prescinde de resultado).

Neste particular, oportuna é a lição de Márcio Bártoli e André Panzeri, *verbis*:

> *"(...) À consumação do crime, é necessário que a injúria chegue ao conhecimento da pessoa ofendida ou ao de terceira pessoa. Quando a vítima ou terceira pessoa tomam conhecimento da injúria e compreendem os termos da ofensa, representada pela qualidade negativa atribuída pelo sujeito ativo, está finalizado o crime. (...)."* (*in*, FRANCO, Alberto Silva, Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência, 8ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 729).

Bem situada a tipicidade da conduta, cumpre analisar se as provas constantes nos autos sustentam o édito condenatório.

Pois bem.

Interrogado sobre os fatos, o apelante negou veementemente a autoria delitiva, afirmando que *"jamais quis agredir a M."*, que *"não é acostumado a falar palavras de baixo calão"* e também que possui *"grande estima por ela"*. Mencionou que após os fatos *"conviveram juntos"*, bem como auxiliou a querelante a adquirir um veículo, expressando sua pretensão de retomar a união rompida (áudio colhido durante a audiência de instrução de p. 118-119 – arquivo consultado na origem).

Arrolou a Defesa a testemunha F. de O., que em juízo, embora nada de relevante tenha relatado sobre os fatos injuriosos em si, disse que o apelante informou-lhe que se encontrava frequentemente com a querelante e que a acompanhou quando procurava comprar um automóvel (áudio colhido durante a audiência de instrução de p. 118-119 – arquivo consultados junto aos autos originários).

Todavia, a versão sustentada pela Defesa, segundo a qual ocorreram encontros amorosos e a ofendida perdoou o apelante ao aceitar um imóvel e um automóvel resta isolada, além de inócua ao fim pretendido, não se sustenta frente ao robusto acerco probatório colacionado nos autos.

Na fase policial, a querelante M. descreveu minuciosamente os fatos, esclarecendo que durante a festa o apelante foi em sua direção e dirigiu-lhe palavra insultuosa, qual seja, *"vagabunda"*, circunstância que inclusive prejudicou a apresentação de dança que seria realizada naquele evento, dado que seu par sentiu-se constrangido em face dos acontecimentos que se sucederam (p. 13):

> *"(...) Que a declarante participou da festa junina O ARRAIÁ DA CÂMARA MUNICIPAL, no bairro Carandá Bosque, na antiga Chacha veículos, e fazer a NOIVA da quadrilha, sendo que durante a festa o ex-convivente J. I. chegou e segurou os braços da declarante e disse SUA VAGABUNDA, VOCÊ NÃO VAI DANÇAR COM NINGUÉM, QUERO SABER QUEM É O NOIVO; (...); QUE o noivo não entrou por medo de J. I.e não teve a parte que envolvia o noivo e noiva (...)."*

T. H. V. R. G., que presenciou todo o episódio, na fase extrajudicial narrou os mesmos fatos, retratando, ainda, o abalo emocional que acometeu a ofendida após todo o ocorrido, eis que no momento estavam presentes colegas de trabalho, familiares, autoridades e convidados (p. 18):

> *"(...) QUE sobre os fatos ocorridos no dia 01/07/11, por volta das 21h00min, a depoente foi testemunha presencial do fato injúria quando o autor J. I. de A. agrediu a vítima fisicamente apertando os dois braços da vítima, deixando lesão aparente no braço esquerdo, porém nenhuma sequela, que ele também injuriou a vítima dizendo: 'SUA VAGABUNDA! VOCÊ NÃO VAI DANÇAR COM NIGUÉM! QUERO SABER QUEM É O NOIVO!'... QUE a vítima ficou profundamente envergonhada, magoada e teve sua honra ofendida, pois o autor a xingou perante colegas de trabalho, familiares e convidados numa festa junina realizada pela Câmara Municipal (...)."*

Ainda na etapa preparatória, L. M. C. destacou que durante a comemoração algumas pessoas avisaram-na de que o apelante havia xingado a querelante de *"vagabunda"* e com isso gerado uma situação desagradável entre os presentes, e assim foi ao encontro dela, a fim de prestar-lhe auxilio, pois se tratava de sua sogra. Mencionou que ao chegar ao recinto, presenciou o apelante impedindo a ofendida de participar da apresentação de dança (p. 141-143):

> *"(...) QUE quando a declarante estava levando o filho para trocar a fralda, pessoas disseram, OLHA LÁ, O CORONEL I. TÁ PUXANDO SUA SOGRA PELO BRAÇO E CHAMANDO ELA DE VAGABUNDA; QUE a declarante correu para ver o que estava acontecendo e encontrou J. I. tentanto impedir M. de dançar a quadrilha (...)."*

Em juízo, submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, as testemunhas T. H. e S. prestaram depoimento (ato que carrega consigo o dever de dizer a verdade – art. 206 do Código de Processo Penal), corroborando os elementos informativos acima indicados.

T. H. V. R. G., confirmando o depoimento prestado durante a lavratura da ocorrência, foi enfática ao dizer que presenciou a injúria, afirmando que o apelante perguntou-lhe se "*era com meu cunhado que essa vagabunda ia se apresentar*". Narrando a dinâmica dos fatos, assentou que *"na quadrilha que queria se apresentar, a M. era a noiva junto com outro servidor da Câmara Municipal"*, que *"pouco antes da apresentação chegou o Coronel I. na dependência onde era realizado esse arraial, chegou, eu estava próxima dela, ele já chegou perto, pegou pelo braço, apertou o braço dela, falou para ela ir embora, que ela não ia dançar a quadrilha"*, e que *"disse alto isso, várias pessoas escutaram"* (áudio colhido durante a audiência de instrução de p. 118-119 – arquivo consultados junto aos autos originários).

No mesmo eito é o depoimento de S. da S. G., que embora não tenha presenciado os fatos, soube, ainda durante a festa, que *"na hora em que ia começar a dança da festa junina, que ela [a querelante] ia se arrumar para dançar, ele [o apelante] puxou ela pelo braço e disse que não ia dançar e começou a confusão, humilhou ela, xingou ela de vagabunda"* (áudio colhido durante a audiência de instrução de p. 118-119 – arquivo consultados junto aos autos originários).

Malgrada a argumentação tecida pela d. Defesa nas razões acerca da suposta imparcialidade das testemunhas de acusação, dos autos não se observa um átimo que seja de indícios sobre a alegada suspeição.

Como visto, referidos testemunhos são firmes e coerentes entre si, estando em harmonia com outros elementos de convicção constantes no presente feito, notadamente com os elementos informativos colhidos durante a fase inquisitorial.

Outrossim, não se observa eventual em interesse pessoal em imputar falsamente um crime ao apelante, mas apenas a intenção de contribuir para a correta elucidação dos fatos, ou seja, para a busca da verdade real, finalidade precípua do processo penal, sendo, pois, idôneos tais testigos.

Ademais, a credibilidade dos testemunhos não é afetada pela prévia existência de relações pessoais com as partes – como a amizade, *v. g.* - desde que seu conteúdo esteja isento de ocasional intuito mendaz, como ocorre na hipótese vertente.

Sobre o tema, vale trazer a colação de trecho da obra de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, *verbis*:

> *"(...) Nos termos do dispositivo ora em comento, somente se excluirá a testemunha nos casos expressamente previsto na lei. E nela (lei) não se aponta quaisquer dessas circunstâncias que antes mencionamos como vícios ou defeitos impeditivos da tomada de depoimento. Amigos ou inimigos, todos têm o dever de depor e, em consequência, o dever de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho. (...)."* (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 415).

Tem-se, então, que o mero fato da apelada M. ter ocupado o cargo de chefe de gabinete da vereadora T. H. V. R. G. e S. da S. G. ser sua colega de trabalho enquanto desenvolvia suas atividades junto ao Legislativo Municipal não inviabiliza a valoração dos testemunhos prestados por essas pessoas (consoante disciplinam os arts. 207 e 208 do Código de Processo Penal), eis que estão submetidas ao dever de dizer a verdade, e sobretudo porque foram prestados em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, circunstância a emprestar-lhes inquestionável valor probante.

Nesse sentido já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 4. No que se refere as testemunhas de acusação, o fato de serem namorada e amiga da vítima não enseja a exclusão de seus depoimentos, pois não há nenhuma norma penal que impeça que qualquer pessoa com vínculo afetivo com a vítima se manifeste nos autos. (...)."* (AgRg-REsp 1.172.866; Proc. 2009/0240666-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 06.11.2012; DJE 16.11.2012).

> *"(...) É possível o depoimento de testemunha que se declara amiga da vítima, vez que suas declarações serão cotejadas com as demais provas existentes nos autos. (...)."*. (Apn 431; Proc. 2004/0117726-0; Corte Especial; Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Júnior; Julg. 17.06.2009; DJE 20.08.2009).

Impende destacar, aliás, que no campo da valoração probatória o Código de Processo Penal adota o princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), segundo o qual, afastada a tarifação

das provas e observada a vedação à utilização de elementos colhidos exclusivamente na fase inquisitorial, é permitido ao julgador decidir o mérito da causa em conformidade com sua convicção extraída do conjunto formado, sem adoção de parâmetros legais ou pré-estabelecidos, contudo devendo assim fazê-lo de forma fundamentada, explicitando as razões pelas quais optou por decidir em determinado sentido e prestigiando, assim, o contraditório.

Em abono, trago à colação da doutrina de escol de Edilson Mougenot Bonfim:

> *"(...) O livre convencimento motivado é princípio cujo conteúdo é especialmente dirigido ao julgador na prática de atos de conteúdo decisório, conforme já se mencionou anteriormente. Segundo esse princípio, ao juiz é dado valorar os elementos probatórios de acordo com a sua convicção, liberto de parâmetros legais, desde que o faça por meio da apreciação racional dos elementos disponíveis, considerando-os em seu conjunto, e contanto que fundamente sua decisão, indicando os elementos de prova preponderantes na formação de seu convencimento. É, conforme já dito, regra que visa concretizar na prática dos atos processuais a garantia do contraditório. Por meio da motivação, o juiz consubstancia em linguagem o processo dialético que redunda na decisão, conciliando os argumentos contrários das partes em um arrazoado único.*
>
> *Em nosso sistema não existe hierarquia de provas, ou seja, não há, a priori, a determinação de meios de prova mais ou menos relevantes para a resolução das questões controvertidas. É o julgador que, em face das circunstâncias de cada caso que lhe apresente, determinará os elementos que servirão de fundamento para suas decisões. Entretanto, é vedado ao magistrado fundamentar sua decisão apenas nos elementos carreados na fase investigatória, excepcionadas as provas cautelares, as irrepetíveis e as antecipadas (art. 155, caput, do CPP). (...)."* (Curso de Processo Penal, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320-321).

Despropositada, pois, a tentativa de desqualificar os testemunhos colhidos nos autos.

> Não fosse suficiente, verifica-se que a querelante, em seu depoimento, corrobora todo o conjunto probatório colacionado aos autos, eis que se manteve coerente versão dos fatos delituosos, narrando que *"foi convidada para ser a noiva da quadrilha, e que estava lá com filho, nora, neto e mais os funcionários da Câmara, todos os vereadores, e no momento em que chamaram pelo microfone a quadrilha para se posicionar para a entrada, foi bem no momento em que a Thais Helena chegou com o esposo dela, e a mesa era bem próxima ao palco, e eu estava guardando a mesa para ela, quando ela chegou, eu estava conversando com ela em pé, ele chegou por trás, me puxou pelo braço, começou me apertar gritando que eu era uma vagabunda, que eu não ia dançar, que ele queria saber quem era o noivo"* (áudio colhido durante a audiência de instrução de p. 118-119 – arquivo consultados junto aos autos originários).

Há de registrar que em casos de violência a palavra da ofendida assume particular relevância, especialmente em casos como o presente, quando em harmonia com os demais elementos probatórios, não estando associada ao vil e perverso intuito de prejudicar gratuitamente o apelante.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> *"(...) 2. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância. Assim, diante da consonância das declarações prestadas pela vítima com o laudo de exame de corpo de delito, no sentido de que o acusado a agrediu durante uma discussão, não há que se falar em absolvição. (...)."*. (TJDF; Rec. 2012.01.1.082818-6; Ac. 709.883; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; DJDFTE 12.09.2013; Pág. 158).

> *"(...) 2. No caso dos autos, as provas foram suficientes para demonstrar a incidência no tipo do art. 147 do CP. A palavra da vítima ganha especial relevância nos crimes que envolvem violência doméstica, sobretudo quando encontra amparo em outros elementos, tal como na espécie. (...)."*. (TJRS; ACr 188821-27.2013.8.21.7000; Vacaria; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio Cesar Finger; Julg. 31.07.2013; DJERS 10.09.2013).

> *"(...) Nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, a palavra da vítima assume especial importância, sobretudo quando em consonância com os demais elementos de prova, pois normalmente são delitos cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunha. (...)."*. (TJMG; APCR 1.0446.10.000072-3/001; Relª Desª Denise Pinho da Costa Val; Julg. 27.08.2013; DJEMG 04.09.2013).

Assim, o conjunto probatório mostra-se robusto, estando patente o sentido injurioso da expressão (vagabunda), que sendo pronunciada diretamente à querelante, foi capaz de provocar-lhe a ofensa à sua honra, atingindo sua dignidade e decoro.

Por fim, cumpre enfrentar a questão referente a ocorrência de causa extintiva da punibilidade decorrente do perdão do ofendido.

Neste particular, defende o apelante que a ofendida voltou a conviver com ele após os fatos aqui retratados, bem como que a ajudou a adquirir um automóvel, destacando que, diante desses fatos, *"aceitou as desculpas ao aceitar todas as propostas iniciais do acordo mesmo que temporariamente"*, circunstância que sustenta ter configurado o perdão, ainda que tacitamente.

Sem razão.

O perdão, no crime de injúria simples, vem disciplinado no § 1º do art. 140 do Código Penal, fazendo o agente jus ao benefício *"quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria"* (inc. I), ou *"no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria"* (inc. II).

Para melhor elucidação da matéria, volto a trazer os ensinamentos de Márcio Bártoli e André Panzeri, *verbis*:

> *"(...) 6.01 – Provocação do ofendido.*
>
> *O legislador penal considera no inciso I do art. 140 do CP, a ira que toma o sujeito ativo ocasionada pela provocação reprovável pelo ofendido. Provocação injusta e direta, que deve ocasionar mal estar e despertar a ira do sujeito ativo. A provocação pode se revelar por qualquer ato que contenha reprovabilidade, que seja desagradável, censurável, e que leve o agente, possuído por uma irritação emocional grave, a injuriar o seu ofensor, como impulso defensivo.*
>
> *(...)*
>
> *6.02 - Retorsão.*
>
> *Na retorsão imediata, mencionada no inciso II, do art. 140, há duas injúrias que se contrapõem, praticadas pelos ofensores um diante do outro. Um replica a injúria do outro. A aplicação do perdão ao injuriador posterior cabe se, comparada à anterior ofensa, a ela for proporcional. A razão da não punição é a mesma da provocação: o impulso emocional o leva a proferir a reação injuriosa. Não há compensação de injúrias, porque somente o segundo injuriador é que pode ser perdoado pelo juiz. (...)."* (*op. cit.*, p. 729-730).

Nesse prospecto, a alegada retomada do convívio afetivo ou aceitação de eventual proposta de acordo seria irrelevante para o fim pretendido, porquanto não contempla as consagradas hipóteses do revide à provocação ou da retorsão.

Diga-se ainda de passagem que tais fatos (reaproximação do casal) sequer restaram comprovados.

Com efeito, o retorno do convívio não foi presenciado por quaisquer das pessoas ouvidas nos autos, sendo alegada apenas no interrogatório e ventilada no depoimento de F. de O. que, por outro lado, relatou jamais ter visto os ex-conviventes juntos, enfatizando que soubera da reaproximação por intermédio do próprio apelante.

A querelante, em seu depoimento judicial, disse categoricamente que não teve nenhum encontro afetivo com o apelante e que o imóvel que utilizou para guardar alguns pertences faria parte do acordo de separação, circunstância que não se relaciona com o objeto da presente ação penal.

Além do mais, a proposta de conciliação apresentada pelo apelante restou infrutífera, consoante termo de p. 48-49.

Todos esses aspectos foram muito bem analisados pela e. julgadora monocrática, que assim concluiu:

> *"(...) O querelado afirma que voltaram a conviver e se relacionar após os fatos, o que configuraria o perdão tácito. No entanto, não há prova nesse sentido. O fato de o querelado ter comprado o veículo da querelante, por si só, não demonstra a convivência ou relacionamento afetivo. Aliás, poderia ter, por terceira pessoa comprado o veículo e transferido para seu nome. Ainda, a testemunha que afirma que as partes ainda se relacionam afetivamente disse que esses fatos são relatados pelo querelado. (...)."*

Logo, criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, forçosa é a conclusão de que J. I. de A. praticou o delito de injúria narrado na exordial acusatória, afastando-se, por completo, a tese absolutória.

Destarte, ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência da Exmª. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1602258-53.2013.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA - *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINAR DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA AVENTADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA – PRECEDENTES DESSA CORTE – MÉRITO – PRISÃO PREVENTIVA – PACIENTE MANTIDO PRESO HÁ MAIS DE ONZE MESES – INSTRUÇÃO AINDA NÃO CONCLUÍDA – EXCESSO DE PRAZO VERIFICADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE – ORDEM CONCEDIDA.

Segundo precedentes dessa Corte *"a alegação de excesso de prazo não necessita ser previamente direcionado ao juízo 'a quo', mesmo porque tal alegação diz respeito ao constrangimento que a autoridade coatora estaria dando causa"*. ('*H.C.*' 2011.007971-7).

O paciente encontra-se preso preventivamente há mais de 11 meses pela suposta prática do delito de estupro de vulnerável, sendo que, a ação penal ofertada em seu desfavor ainda não foi encaminha ao juízo singular para prosseguimento, conforme, determinado no acórdão proferido no dia 30 de agosto de 2013, que decidiu a respeito do conflito de jurisdição. Onde ficou determinado, que o Juízo da 1ª Vara Criminal de Dourados que deveria dar continuidade ao feito, entretanto, até a presente data nenhum andamento foi tomado, ficando assim, demonstrado o constrangimento ilegal por excesso de prazo.

O excesso de prazo da prisão em razão da demora no julgamento do processo-crime, sem que possa ser imputada isoladamente à defesa, configura constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

Ordem concedida contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 7 de outubro de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Isaac Duarte de Barros Junior impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de Hélio Barboza Fonseca Filho, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS.

Segundo o impetrante o paciente encontra-se segregado, há 11 (onze) meses sem sequer ter sido denunciado pelo Ministério Público, assim o paciente continua preso, enquanto nenhuma solução cabível de continuidade processual foi tomada.

Pondera que, todos os prazos de razoabilidade previstos na Lei processual penal vigente, foram simplesmente violentados. Sendo que, nem é preciso recorrer a jurisprudências dos Tribunais Pátrios, inclusive deste ao qual endereçamos este pedido. Afinal, qualquer prazo previsto na processualística penal, absurdamente foi violado e continuará sendo violado, caso esse Excelso Pretório, não corrija de imediato, tamanha violência em desfavor do paciente.

Além disso, afirma os prazos deveriam ter sido rigorosamente cumpridos como determina textos acostados ao Código de Processo Penal Brasileiro, o que ainda não aconteceu.

Alega também, que o paciente é primário, funcionário público municipal e que possui residência fixa.

Com tais ponderações, requer a concessão da ordem de *habeas corpus*, expedindo-se alvará de soltura em favor de Roberto Manoel da Silva.

O pedido de liminar foi indeferido às fls.15/16.

Uma vez solicitadas, às fls. 21/22, foram prestadas as informações de estilo por parte da autoridade apontada como coatora.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem às fls. 23/28.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

O advogado Isaac Duarte de Barros Junior impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de Hélio Barboza Fonseca Filho, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados - MS.

Segundo o impetrante o paciente encontra-se segregado, há 11 (onze) meses sem sequer ter sido denunciado pelo Ministério Público, assim o paciente continua preso, enquanto nenhuma solução cabível de continuidade processual foi tomada.

Pondera que, todos os prazos de razoabilidade previstos na Lei processual penal vigente, foram simplesmente violentados. Sendo que, nem é preciso recorrer a jurisprudências dos Tribunais Pátrios, inclusive deste ao qual endereçamos este pedido. Afinal, qualquer prazo previsto na processualística penal, absurdamente foi violado e continuará sendo violado, caso esse Excelso Pretório, não corrija de imediato, tamanha violência em desfavor do paciente.

Além disso, afirma os prazos deveriam ter sido rigorosamente cumpridos como determina textos acostados ao Código de Processo Penal Brasileiro, o que ainda não aconteceu.

Alega também, que o paciente é primário, funcionário público municipal e que possui residência fixa.

Com tais ponderações, requer a concessão da ordem de *habeas corpus*, expedindo-se alvará de soltura em favor de Roberto Manoel da Silva.

O *writ* deve ser conhecido e a ordem concedida

Preliminarmente, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do *writ*, em face da supressão de instância.

Em que pese o entendimento ministerial, entendo que a preliminar não deve ser acolhida.

É bem verdade que, conforme bem salientou o douto procurador de justiça Dr. Adhemar Mombrum de Carvalho Neto, o paciente, aparentemente, não formulou pedido idêntico perante o juízo de primeiro grau, de modo que a análise da matéria diretamente por esta Corte poderia acarretar supressão de instância.

Todavia, em face do princípio da dignidade de pessoa humana, imprescindível analisar o *writ*, principalmente, em razão do aventado excesso de prazo.

Ademais, como já decidido por esse Egrégio Tribunal, *"a alegação de excesso de prazo não necessita ser previamente direcionado ao juízo a quo, mesmo porque tal alegação diz respeito ao constrangimento que a autoridade coatora estaria dando causa"* (*Habeas Corpus* n. 2011.007971-7; Relator: Des. Carlos Eduardo Contar; Julgamento: 25.05.2011; Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal; Classe: *Habeas Corpus*).

Nesse sentido, em caso análogo, já foi decidido:

> *"Embora não tenha havido pedido idêntico em primeira instância, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o paciente se encontrar preso há mais de um ano, e, para evitar eventual prejuízo em sua liberdade de locomoção, o mérito do presente 'writ' deve ser apreciado, razão pela qual não acolho tal preliminar."* (*Habeas Corpus* n. 2010.001574-1; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 08.03.2010; Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal; Classe: *Habeas Corpus*).

Por esses motivos, rejeito a preliminar aventada pela Procuradoria-Geral de Justiça e conheço do presente *habeas corpus*.

> Sustenta a impetrante a ocorrência de excesso de prazo, sob o argumento de que: *"o acusado está preso preventivamente há 11 meses aguardando o andamento dos procedimentos que já deveriam ter sido tomados. Vale destacar ainda que mesmo a denúncia tendo sido recebida pelo juiz da 4ª Vara Criminal, até o presente momento não houve nenhum tipo de movimentação pelo juiz da 1ª Vara Criminal com a qual foi decidido ser o responsável pelo prosseguimento do processo conforme decidido no Acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal no dia 30 de agosto de 2013."*

Em informações noticiou a autoridade apontada como coatora:

> ***"(...)*** *Alega o impetrante, via o presente 'writ', que o paciente, apesar de preso preventivamente há 11 (onze) meses, sequer foi denunciado pelo Ministério Público Estadual, configurando inexorável excesso de prazo na formação da culpa. Cumpre informar que já houve o oferecimento da peça acusatória, ainda perante o Juízo da 4ª Vara Criminal, que recebeu a denúncia e determinou a citação do réu, cuja resposta à acusação foi ofertada pelo próprio impetrante deste 'Habeas Corpus', em 28 de janeiro de 2013. Em decisão de 04 de fevereiro de 2013, aquele Juízo declinou da competência, por entender não ser o caso de violência perpetrada contra mulher, em razão do gênero, determinando a distribuição à uma das varas criminais residuais. Recebida a ação penal, este Juízo, em 27 de fevereiro de 2013, rejeitou a competência, suscitando conflito*

negativo a esse Egrégio Sodalício, resolvido em 19 de agosto de 2013, não tendo o feito retornada ao Juízo singular para prosseguimento. (...).”

Pois bem.

Todavia, depreende-se dos autos que o paciente, denunciado pela prática, em tese, do crime de estupro de vulnerável, está preso há mais de 11 (onze) meses.

A construção jurisprudencial no sentido da fixação de prazos máximos para o encerramento da instrução criminal, pelo somatório dos diversos prazos constantes dos procedimentos cabíveis para cada infração penal, como regra em 81 dias, não é absoluta.

Em que pese a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, ter inserido no artigo 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, assegurando a “*todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*, não fixou prazo específico de duração do processo, nem ao menos das prisões cautelares.

Muito embora esteja assegurado o direito de ser julgado num prazo razoável, este não vem delimitado. Portanto, diante da ausência de determinação da duração de um processo-crime, fica a critério do julgador, em cada caso concreto, definir se houve ou não excesso de limite temporal para a formação da culpa.

No caso em apreço, reconheço a ilegalidade.

Ainda que tenha havido a necessidade de se decidir a respeito de conflito de jurisdição entre a 4ª e a 1ª Vara Criminal de Dourados e, mesmo após essa questão ter sido sanada, ficando decidido que a Vara responsável por este processo seria a 1ª Vara Criminal de Dourados, até a presente data não foi dado nenhum andamento por parte da mesma.

O paciente continua aguardando preso o andamento dos procedimentos que já deveriam ter sido tomados. Até o momento nenhuma solução cabível de continuidade processual foi tomada.

Observa-se no presente caso, que a autoridade apontada como coatora não apresentou justificativa para o prazo mais elástico, tampouco que se tenha comprovado ser a demora imputável isoladamente à defesa, e, considerando que a previsão da conclusão do processo foi postergada pelo conflito de jurisdição, afigura-se configurado o excesso de prazo que autoriza, à luz do princípio inserto no inciso LXV, do art. 5º da Constituição Federal, a concessão de ordem liberatória.

Patentes, pois o descaso e o desrespeito com o cidadão no caso em apreço, de modo que não vejo outra solução senão colocá-lo em liberdade.

Portanto, diante das peculiaridades do caso em concreto, de rigor a concessão da ordem, para colocar o paciente em liberdade provisória.

Destarte, contra o parecer, concedo a ordem para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante comparecimento a todos os atos do processo, sem prejuízo da aplicação, por parte do juízo *a quo,* de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Comunique-se à autoridade ora indicada como coatora, para adoção de providências visando a imediata soltura do paciente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 07 de outubro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000080-46.2009.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE PROVAS SOBRE A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO FATO DELITUOSO – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA PENA RELACIONADA À SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR – TESE REJEITADA – PENA CUJA APLICAÇÃO INDEPENDE DA ATIVIDADE PROFISSIONAL EXERCIDA PELO AGENTE – RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há falar em absolvição quando os elementos de prova existentes no processo forem suficientes no sentido de confirmar tanto a materialidade quanto a autoria do fato delituoso, reclamando-se, nessa hipótese, a manutenção da condenação.

2. *"O fato de o réu ser motorista profissional não o isenta de sofrer a imposição da pena de suspensão da habilitação para dirigir, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302 do CTB), que não faz nenhuma restrição nesse sentido."* (REsp. 628.730/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24.05.2005, DJ 13.06.2005, p. 333).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improver o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 9 de dezembro de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Leodeni Rocha Sena Júnior interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando a reforma da sentença de mérito proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Caarapó – MS, que o condenou como incurso nas sanções penais do art. 302, da Lei 9.503/97, à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e 1 (um) ano de suspensão de sua permissão para dirigir, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Em suas razões, postulou pela sua absolvição, sob a alegação de ausência de provas. Alternativamente, requereu o afastamento da pena relacionada à suspensão de sua permissão para dirigir veículo automotor.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões (fls. 316-325).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 340-344, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Leodeni Rocha Sena Júnior interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando a reforma da sentença de mérito proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Caarapó – MS, que o condenou como incurso nas sanções penais do art. 302, da Lei n. 9.503/97, à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e 1 (um) ano de suspensão de sua permissão para dirigir, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo dispôs a denúncia, "*no dia 30 de outubro de 2008, por volta das 14h, na Rodovia BR 163, Km 219,7, no Município de Caarapó – MS, o denunciado praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor, resultado como vítima desse evento a pessoa de Jakeline de Santana Ramos.*"

Diante desses fatos, Leodeni Rocha Sena Júnior foi denunciado por infringência do art. 302, da Lei n. 9.503/97. Concluída a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 295-300), que condenou o denunciado pelo crime em questão, impondo-lhe as penas acima referidas.

Em virtude disso, o denunciado interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões (fls. 308-314), postulou pela sua absolvição, sob a alegação de ausência de provas. Alternativamente, requereu o afastamento da pena relacionada à suspensão de sua permissão para dirigir veículo automotor.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões (fls. 316-325).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 340-344, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame recursal.

1. Do pedido de absolvição:

Nesse ponto, postulou o apelante pela sua absolvição, sob o pretexto de que o acidente foi causado por culpa exclusiva da vítima, a qual, segundo afirma, trafegava em velocidade superior àquela permitida.

Aduziu, também, que o sinistro decorreu de caso fortuito ou força maior, ao passo que, na oportunidade, a pista estava escorregadia, especialmente pela chuva que caia, aliada óleo existente na via, soltado pelos caminhões que por ali trafegavam.

O pedido, contudo, não comporta provimento.

Isso porque, analisando os autos, pode-se verificar que o material probatório coligido no âmbito da instrução processual é suficiente no sentido de dar suporte à manutenção da condenação, conforme doravante será demonstrado.

A materialidade está consubstanciada no boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial (fls. 9-11), no auto de apreensão (fls. 12-13), no Laudo de Exame Necroscópico de Corpo de Delito (fls. 22-

26), no boletim de acidente de trânsito (fls. 30-41), nas reproduções fotográficas (fls. 55-63) e, especialmente, no laudo de exame indireto em acidente no trânsito com vítimas (fls. 72-77).

A autoria do fato delituoso, por sua vez, está, também, sobejamente comprovada. Sob esse aspecto, é necessário que seja trazida à baila a dinâmica do acidente automobilístico.

Segundo consta da denúncia, na ocasião dos fatos, o apelante trafegava pela respectiva rodovia, conduzindo o veículo GM/D20, placa AEN-4551, no sentido da cidade de Dourados à Caarapó. Com efeito, almejando ultrapassar uma carreta que seguia à sua frente, o apelante iniciou a respectiva manobra, quando se deparou com um veículo que vinha em sentido contrário – Saveiro, placa DCD9700 – que era conduzido por Márcio Nunes Zafalão, no qual também estava a vítima.

Diante dessa situação, o apelante acabou por tirar seu veículo para o acostamento contrário, vindo, em razão disso, a se chocar com o veículo Saveiro, que trafegava perfeitamente em sua mão de direção. Desse acidente, como dito, proveio a morte da vítima Jakeline.

Diante do contexto acima apontado, vê-se que o acidente automobilístico foi causado, de forma exclusiva, por mera conduta imprudente do apelante, o qual efetuou manobra de ultrapassagem de forma completamente inadequada, em momento impróprio, sem o emprego das devidas cautelas previstas na legislação de trânsito.

A manobra repentina do apelante, realizada em desacordo aos cuidados legais, interceptou abruptamente a rota de tráfego do veículo em que estava presente a vítima, que vinha em sentido contrário e em situação retilínea prioritária.

A propósito, o panorama fático que foi acima exposto está assentado essencialmente no laudo pericial realizado de forma indireta (fls. 72-75). Tal prova, realizada à luz das peculiaridades do caso concreto, concluiu o seguinte:

> *"(...) a causa determinante do acidente de tráfego em questão foi à imprudência por parte do condutor do auto utilitário GM CUSTOM D20 (AEN-4551), ao efetuar desvio direcional em seu móvel para a esquerda, no momento que lhe era imprópria a manobra, para as condições de segurança no local, no que resultou interceptar o auto utilitário VW/ SAVEIRO (DCD-9700), que trafegava em situação retilínea e prioritária"*. (*sic*).

Outrossim, mencionou a respectiva prova pericial que o apelante, na ocasião do acidente, trafegava com velocidade *"não inferior a 90 Km/h (noventa quilômetros por hora)"*, numa rodovia cuja velocidade máxima permitida, no trecho onde houve a colisão, era de 80 Km/h (oitenta quilômetros por hora).

Não há, aliás, qualquer elemento capaz de descaracterizar a credibilidade e a idoneidade da prova técnica acima ressaltada. Isso porque, além de ter sido realizada por profissional especializado, de capacidade e idoneidade técnica assegurada, tal prova observou exatamente todas as particularidades concretas da situação, aproximando-se o máximo possível da efetiva verdade real dos fatos.

Diante disso, além da inadequada manobra de ultrapassagem realizada, vê-se que o apelante conduzia seu veículo em velocidade superior àquela permitida, situação que ressalta ainda mais o patamar de imprudência atribuído à sua conduta.

Ademais, funcionando como alicerce do contexto fático acima ressaltado, exsurgem as declarações extrajudiciais do apelante (fls. 17-18), o qual, nesse depoimento, relatou acreditar ter sido ele o causador do acidente, afirmando que *"invadiu a pista contrária tentando realizar uma ultrapassagem"*.

Oportunamente, devem ser afastadas as alegações de que tal depoimento deve ser desconsiderado, por ter sido prestado em momento que ele (apelante) ainda estava em *"estado de choque"* em virtude do acidente.

Ora, não há qualquer comprovação de que, realmente, o apelante, na ocasião desse depoimento, estivesse acometido por qualquer descontrole emocional capaz de lhe retirar a sua capacidade de entendimento ou autodeterminação, até porque ele foi ouvido horas depois do acidente, ou seja, após amenizado todo o susto decorrente da situação vivida.

Com efeito, em juízo (fls. 261-262), o apelante, novamente, descreveu toda a circunstância fática do evento, indicando que, de fato, tentou realizar a inexitosa manobra de ultrapassagem que culminou no acidente respectivo e, também, que trafegava com velocidade em torno de 100 Km/h (cem quilômetros por hora), ou seja, superior àquela permitida no local do acidente (80 km/h).

Por demais, a testemunha presencial Márcio Nunes Zafalão, que conduzia o veículo em que estava presente a vítima, em seu depoimento judicial (fls. 256-258), atribuiu o acidente à manobra indevida de ultrapassagem realizada pelo apelante. Nesse mesmo sentido, foi o depoimento judicial da testemunha Sandy Pontes Zafalão (fls. 259-260).

Quanto às alegações de que o acidente se deu por caso fortuito ou força maior, pelo fato de que a pista estava escorregadia pela chuva e pela existência de óleo soltado pelos caminhões que por ali trafegavam, tal sustentação deve ser afastada.

Isso porque, além de estarem completamente isoladas nos autos, aliás, em sentido contrário a todo o contexto probatório, tais alegações vieram desacompanhadas de qualquer elemento de prova concreto, cujo ônus da produção era da defesa, a teor do que dispõe o art. 156, do Código de Processo Penal.

É de se concluir, portanto, à luz do exposto, que ficaram tranquilamente comprovados os elementos essenciais do crime culposo em questão, quais sejam, a ação, o resultado, o nexo causal e, por fim, o elemento subjetivo (culpa), materializado, no caso, pela imprudência do apelante na condução de veículo automotor. Dessarte, deverá o apelante sofrer responsabilidade penal pelo delito em questão.

Logo, a sentença, nesse ponto, deve ser mantida.

2. Do pedido de afastamento da pena relacionada à suspensão do direito de dirigir:

A esse respeito, postulou o apelante pelo afastamento da sanção penal equivalente à suspensão da sua permissão para dirigir veículo automotor. Enfatizou, nesse ponto, que exerce a atividade de motorista profissional, de modo que tal medida está causando prejuízo ao regular desenvolvimento de sua profissão.

Contudo, tal pretensão não comporta guarida.

No que concerne à questão ora sob análise, deve ser ponderado, a princípio, que o fato de ser motorista profissional não o isenta de sofrer tal pena, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302 do CTB).

A lei não faz nenhuma restrição no sentido pretendido pelo apelante, de que o motorista profissional não poderia ser punido com suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir. Ao contrário, ao editar o Código de Trânsito Brasileiro, o legislador teve em vista a proteção da sociedade contra maus motoristas, que devem ficar inabilitados para dirigir, definitiva ou temporariamente, nas hipóteses previstas na lei, independentemente da profissão que exerçam.

Sobre o assunto, são os seguintes julgados:

> *"PENAL. 'HABEAS CORPUS'. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM RAZÃO DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO, PREVISTO NO ART. 121, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO NA VIA ELEITA. ALTERAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONSISTENTE NA SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR EM RAZÃO DO PACIENTE SER MOTORISTA DE CAMINHÃO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.*
>
> *1. O 'habeas corpus', remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.*
>
> *2.* ***A imposição da pena de suspensão do direito de dirigir é exigência legal, conforme previsto no art. 302 da Lei n. 9.503/97. O fato de o paciente ser motorista profissional de caminhão não conduz à substituição dessa pena restritiva de direito por outra que lhe seja preferível.***
>
> *3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."* (*'H.C.' n.* 66.559/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 343)." (Destaquei).
>
> *"CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. OITIVA DOS PERITOS E EXAME MÉDICO. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO ALÉM DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. MOTORISTA PROFISSIONAL. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *(...). VI -* ***O fato de o réu ser motorista profissional não o isenta de sofrer a imposição da pena de suspensão da habilitação para dirigir, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302 do CTB), que não faz nenhuma restrição nesse sentido****. (...).*
>
> *IX – Recurso desprovido.* (REsp. 628.730/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24.05.2005, DJ 13.06.2005, p. 333)." (Destaquei).

Demais disso, analisando os autos, pode-se verificar que não há qualquer comprovação no sentido de que o apelante exerça a atividade de motorista profissional. A propósito, o apelante, em sede da denúncia, foi qualificado como sendo *"torneiro mecânico"*, informação essa que foi, ainda, corroborada pelos documentos de fls. 17, 34, 101, 105 e 106.

Dessarte, a sentença, nesse ponto, merece ser mantida, de forma que seja conservada a aplicação da sanção penal relacionada à suspensão do direito do apelante de dirigir veículo automotor, tal como imposta pelo sentenciante.

Afasto, portanto, essa pretensão recursal.

3. Das disposições finais:

Posto isso, com o parecer, conheço do presente recurso de apelação criminal interposto por Leodeni Rocha Sena Júnior, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença.

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 da Exmª. Srª. 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, MS, 09 de dezembro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0074001-94.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA – PRELIMINARES – NULIDADE DO PROCESSO – NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM FUNDAMENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – REJEITADAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CRIME CONFIGURADO – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DESCRITA NO ART. 61, II, 'F', CP – INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCABÍVEL – RECURSO DESPROVIDO.

Não existe nulidade processual por ausência da audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, quer em razão de não existir manifestação voluntária da vítima postulando a designação de audiência, quer porque a ação penal pública condicionada à representação não permite a retratação após o recebimento da denúncia.

É dispensada a motivação no despacho de recebimento da denúncia, eis que não vislumbra carga decisória nessa manifestação.

A superveniência de sentença condenatória torna superada a alegação de ausência de justa causa para a ação penal.

Se o conjunto probatório deixou evidente que o apelante prometeu causar mal injusto e grave a sua ex-esposa, perturbando sua liberdade psíquica e tranquilidade, não há falar em absolvição.

Incabível o princípio da bagatela imprópria aos crimes cometidos em situação de violência doméstica.

A agravante descrita no artigo 61, II, 'f', do Código Penal, não é elementar do tipo de ameaça sob o rito da Lei Maria da Penha, pois foi justamente acrescida nesse rol pela Lei n. 11.340/06, com o intuito de recrudescer a punição de tais delitos.

Não preenchidos os requisitos contidos no art. 44, II e III, Código Penal, incabível a substituição da pena por restritiva 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, por unanimidade, com o parecer, rejeitar as preliminares e no mérito, improver o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 25 de novembro de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

G. C. foi condenado à pena de 01 mês e 10 dias de detenção, no regime aberto, com a concessão de *sursis*, por infração ao art. 147, do Código Penal (fls. 84-88).

Em preliminar, pede a nulidade do feito:

1 - por ausência de realização de audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06;

2 - por afronta ao art. 93, IX, CF, pois o magistrado recebeu a denúncia sem fundamentação e designou audiência de instrução e julgamento sem apreciar as matérias alegadas na defesa preliminar;

3 - por ausência de justa causa.

No mérito, pede a absolvição, por insuficiência de provas ou pela aplicação do princípio da bagatela imprópria. Alternativamente, pede o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, 'f', Código Penal e a substituição da pena por restritivas de direitos (fls. 93-136).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pela rejeição das preliminares e improvimento do recurso (fls. 144-159).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 164-174).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Consta na denúncia que, no dia 21.10.10, por volta das 13:00 horas, na Rua Ana Batista Caminha, 915, Bairro Jardim Itamaracá, nesta Capital, o denunciado G. C. ameaçou a vítima V. de A. C., sua ex-esposa, dizendo-lhe *"vou tocar fogo na casa, sua vagabunda, burra, idiota, você me traiu"* (*sic*).

Preliminares

Em preliminar, o apelante pede a nulidade do feito, por diversos motivos:

1 - ausência de realização de audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06.

A preliminar deve ser rejeitada, pois conforme bem asseverou o d. Magistrado na sentença (fl. 84), *"Não há necessidade de designação da audiência descrita no art. 16 da Lei Maria da Penha, vez que para sua designação obrigatória é necessário que haja prévia manifestação da vítima quanto ao seu interesse de retratação, o que não se vê dos autos."*

2 - afronta ao art. 93, IX, CF, pois o magistrado recebeu a denúncia sem fundamentação e designou audiência de instrução e julgamento sem apreciar as matérias alegadas na defesa preliminar.

Verifica-se que, no despacho de fl. 33, o magistrado, de forma concisa, recebeu a denúncia por entender que estavam presentes os requisitos legais descritas pelo art. 41, do CPP.

Trata-se de tema pacificado pela jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que, para o recebimento da denúncia, a fundamentação pode ser concisa, por se tratar de motivação implícita.

A respeito, ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci[1]:

> *"(...) há décadas, prevalece o entendimento, ao menos na jurisprudência, de que o recebimento da denúncia ou queixa prescinde de fundamentação. Em verdade, entende-se que a motivação é implícita.* ***Trata-se de presunção consagrada pelos julgados de que os fatos narrados na peça do órgão acusatório foram devidamente verificados e confrontados com as provas constantes do inquérito policial ou com outros documentos que acompanhem a inicial, gerando no magistrado a mesma convicção de suficiência de autoria e materialidade que provocou na acusação."***

Nesta senda, Noberto Avena[2]:

> *"A despeito da previsão constitucional incorporada no art. 93, IX, da CF, exigindo fundamentação das decisões judiciais,* ***a jurisprudência dominante dispensa motivação no despacho de recebimento da denúncia, eis que não vislumbra carga decisória nessa manifestação."***

Ademais, não houve qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa e ao contraditório, assim, inexistindo demonstração do efetivo prejuízo, nenhum ato há que ser declarado nulo.

Logo, merece ser afastada a nulidade apontada pela defesa.

3- Ausência de justa causa.

A preliminar deve ser rejeitada, pois a jurisprudência dos Tribunais Superiores é assente em sustentar que a superveniência de sentença condenatória torna superada a alegação de ausência de justa causa para a ação penal.

Nessa toada, a jurisprudência é pacífica:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. ALEGAÇÃO SUPERADA. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1.* ***É entendimento assente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal que, com a superveniência de sentença condenatória, a alegação de ausência de justa causa para a ação penal fica superada.***
>
> *2. O Juízo de origem, ao proferir tal título judicial, analisando de forma mais ampla as teses defendidas no remédio constitucional, concluiu pela existência de elementos suficientes a embasar a condenação, cujos fundamentos deverão ser impugnados pela parte interessada e apreciadas pelo Juízo revisor em sede de apelação. [...]"* (STJ, AgRg no '*H.C.' n.* 227462/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 11.6.2013).
>
> *"PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PLEITO DE TRANCAMENTO. INÉPCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO DE DOIS RECORRENTES, CONDENAÇÃO DO PRIMEIRO. FALTA DE JUSTA CAUSA SUPERADA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA REMANESCENTE. IMPROCEDÊNCIA. PEÇA QUE NARRA SUFICIENTEMENTE A CONDUTA DO RECORRENTE.*

1 *In* Manual de processo penal e execução penal, RT, 6ª edição.

2 *In* Processo penal esquematizado, método, 1ª edição, 2009.

[...]

> ***No tocante à alegada falta de justa causa para a ação, é certo que a jurisprudência considera que a prolação de sentença condenatória torna superada a argumentação deduzida, já que a matéria foi apreciada, de forma ampla, no novo título judicial.*** *[...]"* (STJ, R*HC* 26636/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 21.2.2013).

Mérito

No mérito, o apelante pede a absolvição do crime de ameaça.

Compulsando os autos constata-se que o apelante G. e a vítima V. foram casados por cerca de 25 anos, tiveram duas filhas em comum e estavam separados havia 07 anos, quando após discutirem a respeito do divórcio e divisão de bens, ele a ameaçou, dizendo que iria tocar fogo na casa, xingando-a, ainda, de "vagabunda, burra e idiota".

A vítima representou contra o ora apelante (fls. 06) e solicitou medidas protetivas de urgência (Ação n. 006566-79.2010).

Na fase extrajudicial, o apelante negou que tivesse proferido ameaças contra a vítima, alegando que *"disse a vítima que caso ela continuasse a insistir em querer receber os aluguéis, iria sim colocar fogo nas casas que cabe ao interrogando receber os aluguéis, parte essa que a vítima está querendo, pois prefere colocar fogo do que permitir a vítima receber tais aluguéis (...)"* (fl. 18).

Em juízo, o apelante manteve esta versão, negando que tivesse proferido ameaça contra a vítima, mas sim, que teria dito que colocaria fogo em seus próprios imóveis para não ter que dividir as rendas com ela (fl. 80 – sistema áudio/vídeo).

A vítima V., por sua vez, em juízo, confirmou que o apelante a ameaçou de atear fogo em sua casa e que se sentiu intimidada com suas palavras, tanto que registrou ocorrência (fl. 80 – sistema áudio/vídeo).

> Os fatos foram presenciados pela testemunha M. A. G. M., inquilina da vítima, que afirmou, na fase extrajudicial, que *"estava em casa e* ***pode ouvir a discussão do casal, iniciando a briga pelo fato da vítima ter pedido a separação e o investigado se recusa a separar-se, e no momento da discussão o investigado disse para a vítima 'vou tocar fogo na casa, sua vagabunda, burra, idiota, você me traiu'; que a depoente informa que são constantes as brigas entre o casal,*** *sendo que ambos estão separados cerca de sete anos, porém não oficializara a separação* ***e o investigado se recusa a assinar a documentação, e o investigado pega o valor dos aluguéis e não divide com a vítima****."* (fl. 08).

Desta forma, o crime restou configurado, pois como bem asseverou o d. magistrado (fl. 84):

> *"No que diz respeito à alegação de que o réu não teve a intenção de praticar o delito de ameaça, por ter sido sua conduta mero desabafo, deve ser salientado que a argumentação não afasta a tipicidade da conduta uma vez que a ofendida se sentiu ameaçada, incutindo a ação, temor que a ameaça viesse efetivamente se concretizar. Portanto, o ato praticado pelo réu demonstrou aptidão para incutir temor idôneo e sério na vítima, de vir a sofrer um mal injusto e grave, de forma que a ameaça proferida teve consequências, razão pela qual não há que se falar em ausência do tipo subjetivo, posto que gerou uma modificação no mundo jurídico."*

Portanto, restando demonstrado pelo conjunto probatório que o apelante prometeu causar mal injusto e grave a sua ex-esposa, perturbando sua liberdade psíquica e tranquilidade, não há falar em absolvição.

Nesse sentido:

"Não é necessário que no crime de ameaça as palavras sejam proferidas com ânimo calmo e refletido para configuração do delito. A análise depende do caso em concreto, bastando que o ato seja praticado com o dolo de incutir à vítima o medo de um mal injusto e grave."

(TJMS, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, AC 0046680-84.2010.8.12.0001, 2ª Câmara Criminal, j. 10.12.2012).

"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ***VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL LEVE E AMEAÇA*** *– PRELIMINAR DE NULIDADE – REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA – OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – NÃO ACOLHIMENTO – PREFACIAIS REJEITADAS – MÉRITO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DESCABIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – RECURSO IMPROVIDO. (...)*

III - ***Não há que se falar em absolvição quando a autoria dos delitos restou suficientemente demonstrada, especialmente em face da palavra da vítima e demais elementos contidos nos autos****."*

(Primeira Turma Criminal, Apelação Criminal n. 2011.034576-4, Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, j. 12.12.2011).

"APELAÇÃO CRIMINAL *–* ***AMEAÇA*** *–* ***VIOLÊNCIA DOMÉSTICA*** *E FAMILIAR – AUDIÊNCIA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 16 DA LEI N.º 11.340/06 – REALIZAÇÃO CONDICIONADA À PRÉVIA EXPRESSÃO DE VONTADE DA VÍTIMA EM SE RETRATAR ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA – REJEIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – PALAVRA DA VÍTIMA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DIMINUIÇÃO PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – AGRAVANTE ART. 61, II, "F, DO CÓDIGO PENAL – INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. (...)*

O depoimento da vítima tem especial valor em casos de crimes normalmente cometidos na clandestinidade, como delitos de agressão contra as mulheres no âmbito familiar.

Em se tratando de crime de ameaça, a incidência da agravante do art. 61, II, "f", do Código Penal, não acarreta bis in idem, uma vez que tal circunstância não qualifica a conduta."

(TJMS, Primeira Câmara Criminal, Apelação Criminal - Detenção e Multa - N. 2012.018476-7, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, J. 16.7.2012).

*"AMEAÇA – IN DUBIO PRO REO****. Se os depoimentos das testemunhas são harmônicos e conduzem a conclusão de que a acusada foi, de fato, a autora das ameaças sofridas pela vítima, não há razão para a aplicação do in dubio pro reo. Sentença mantida."***

(TJDF, AC 20030110719960APJ- Rel. Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos – DJ 24.10.2005, p. 127).

"O crime de ameaça, previsto no art. 147 do CP, é formal, razão pela qual se consuma quando a vítima toma conhecimento da sua ocorrência. Restou comprovado

***nos autos a autoria e a materialidade dos crimes imputados ao agente. Constatada a ausência de causas excludentes de criminalidade, deve-se manter a condenação**."*

(TJDF, AC 20040910049573 – 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Esdras Neves Almeida – DJ 11.10.2005 – p. 147).

Entendo, ainda, ser incabível o princípio da bagatela imprópria aos crimes cometidos em situação de violência doméstica. Nesse ponto, adoto como razão de decidir o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, *in verbis* (fls. 171-172):

"Restou apurado que não há nenhuma prova nos autos que comprovem que o Apelante e a vítima retomaram o relacionamento, sendo assim, temos que a tese da Defesa não merecendo guarida.

A concepção da Lei Maria da Penha, é de coibir agressões domésticos familiares que ocorrem em milhares de lares brasileiros diuturnamente, de forma a fortalecer a mulher subjugada que, não raras vezes, sem a menos percepção da realidade, motivada por vários fatores, inclusive promessas falsas, ameaças, reconciliação momentânea, filhos - procura minorar a situação do agressor.

O artigo 4º da Lei 11.340/06 afirma: "na interpretação desta lei serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

Sendo assim, cumpre notar por fim que as disposições preliminares da Lei Maria da Penha dispõem em seu artigo 4º que a lei deverá ser interpretada tendo por escopo os fins sociais a que ela se destina, considerando-se, especialmente, as mulheres nas suas condições peculiares em situação de violência doméstica, fato inarredável no caso em análise. (...)."

Nesse sentido*:*

"Não há que se falar em aplicação do princípio da bagatela imprópria em relação a crime praticado em situação de violência doméstica."

(TJMS, Relator Designado Des. Carlos Eduardo Contar, AC 0069867-24.2010.8.12.0001, 2ª Câmara Criminal , j. 18.02.2013).

"A lei reservou maior proteção aos delitos praticados no âmbito das relações domésticas e familiares, sendo inaplicável o princípio da bagatela imprópria ante a evidente afronta à ordem jurídica e paz social."

(TJMS, Apelação Criminal n. 0021212-50.2012.8.12.0001 - Campo Grande 2 ª Câmara Criminal Des. Rel. Carlos Eduardo Contar, J. 04.02.2013). (g.n.).

***"Inaplicável o princípio bagatelar impróprio, posto que a conduta perpetrada é relevante ao direito penal, bem como não demonstrado o restabelecimento da harmonia familiar ao ponto de se tornar desnecessária a aplicação da pena** (...)."*

(TJMS, Apelação Criminal n. 0048313-33.2010.8.12.0001 - Campo Grande 2ª Câmara Criminal Des. Rel. Manoel Mendes Carli, J. 17.12.2012). (g.n.).

Não há falar em afastamento da agravante descrita no art. 61, II, 'f', CP, visto que o seu reconhecimento não configura *bis in idem*, conforme já decidiu o STJ:

"Mostra-se inviável o afastamento da circunstância prevista no artigo 61, II, "f", do Código Penal sob a alegação de elementar do tipo de ameaça sob o rito da Lei Maria

da Penha, pois a agravante foi justamente acrescida nesse rol pela Lei n. 11.340/06, com o intuito de recrudescer a punição pelos delitos cometidos diante das hipóteses legais previstas."

(*HC* 159.619/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04.10.2011, DJe 17.10.2011).

Por fim, apesar de ser possível, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes de menor potencial ofensivo, bem como à contravenção de vias de fato, praticados em situação de violência doméstica, no presente caso, considerando que apelante é reincidente por prática dos crimes previstos no art. 12 da Lei n. 10.826/03 e art. 310 da Lei n. 9.503/97 (fl. 30), deixo de substituir a pena por restritivas de direitos, pois seria insuficiente para a prevenção e reprovação do delito (art. 44, II e III, CP).

Diante do exposto, com o parecer, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

Acompanho o r. voto inaugural.

Todavia, apenas faço a ressalva quanto ao entendimento esposado pelo Relator, quanto ao princípio da bagatela imprópria.

É que, diferentemente da posição por ele defendida, considero ser possível a aplicação do princípio da bagatela imprópria nas situações de violência doméstica em situações excepcionais, especialmente naquelas em que a ofensa ao bem jurídico sequer se mostrou apta a elidir o convívio familiar, culminando na retomada, *sponte própria,* por parte da própria vítima, da reaproximação harmoniosa.

Todavia, a hipótese aqui tratada jamais poderia ser tida como inexpressiva.

É que as ameaças proferidas pelo apelante, na hipótese, legitimam a aplicação da sanção penal, mormente em razão da gravidade das promessas, o que evidencia uma maior afetação do bem jurídico tutelado pela norma.

Tanto é que foram capazes de incutir sério temor na vítima, o que foi por ela confirmado em juízo (fl. 80 - sistema audiovisual).

Além disso, a testemunha Maria Aparecida Guerreiro Morais relatou em juízo que o apelante ameaçou de tocar fogo na casa da vítima.

Registro que, em casos tais, o Poder Judiciário não deve esperar que as ameaças se concretizem e atinjam níveis irreversíveis, ou um maior agravamento das relações familiares, sob pena de fomentar a prática da violência doméstica, de modo a atrair invariavelmente a devida proteção do ordenamento jurídico.

Portanto, incabível, na espécie, o reconhecimento do princípio da bagatela imprópria.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NO MÉRITO, IMPROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exmª. Srª. 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, MS, 25 de novembro de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0500726-22.2006.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES – JÚRI – DESCLASSIFICAÇÃO – LESÃO CORPORAL LEVE CONSUMADA – SUPOSTO VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – CONCLUSÃO DOS JURADOS EM CONSONÂNCIA AO CONJUNTO PROBATÓRIO EXISTENTE NO PROCESSO – RECURSO DESPROVIDO.

A sujeição do réu a novo julgamento, em razão de contrariedade entre o veredicto e a prova dos autos, deve ocorrer em situações extremas, quando evidenciada de forma cristalina a absoluta ausência de nexo entre os elementos probatórios colhidos na instrução processual e a conclusão apresentada pelos jurados e exteriorizada em seu veredicto.

Se a decisão dos jurados se apoiou na ausência de elementos concretos indicativos da intenção de matar por parte do acusado, o veredicto não se mostra equivocado, pois condizente com o conjunto de provas existentes no processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, improver o apelo nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 2 de dezembro de 2013.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da comarca de Bandeirantes, que desclassificou o crime de homicídio tentado para o delito de lesão corporal de natureza leve consumado (fl. 477).

O apelante apresentou suas razões recursais (fls. 483-489), alegando que *"o veredicto não se arvorou na realidade haurida do acervo probatório, o qual revela, indene de dúvidas, que o resultado morte somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do apelado, razão pela qual deve ser tal decisão reformada, para o efeito de que seja designado novo Júri Popular.' O apelante também sustentou 'ser jocosa a conclusão do Conselho de Sentença de que o réu, dando uma facada no lado esquerdo do peito da vítima, com tanta potência a ponto de quebrar a arma branca, não queria matá-la."*

O requerimento final do recurso de apelação é para que ele seja conhecido e, no mérito, provido, determinando-se que o apelado seja submetido a novo julgamento, tendo em vista que a decisão do Tribunal do Júri foi manifestamente contrária às provas dos autos.

O réu/apelado, através da Defensoria Pública Estadual, apresentou contrarrazões (fls. 493- 502), requerendo o não provimento do recurso, com a manutenção da decisão tomada pelo Tribunal Popular.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer (fls. 518-522), opinando pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Analisando os autos, verifica-se que o apelado foi denunciado como incurso nas sanções penais do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, do Código Penal (tentativa de homicídio simples), em razão de na data de 18 de novembro de 2005 ter atentado contra a vida de Paulo César Ferreira, causando-lhe ferimentos de natureza leve, ao desferir duas facadas, uma nas costas e outra no peito, utilizando, para tanto, de uma faca de coxinha com cabo de plástico.

O apelado foi pronunciado (fls. 193-195) e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de Bandeirantes (fls. 474-477), oportunidade em que ocorreu a desclassificação para o crime de lesão corporal de natureza leve. A desclassificação ocorreu após os jurados, por maioria, terem respondido negativamente ao quesito que indagava se o acusado dera início à execução de um crime de homicídio não consumado por circunstância alheias à sua vontade (fl. 478).

Através do presente recurso de apelação, o Ministério Público Estadual requer a sujeição do réu/apelado a novo julgamento, sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Segundo o apelante, as provas existentes no processo indicam que o apelado agiu com a intenção de matar a vítima, pois desferiu uma potente facada, tanto que a arma branca se quebrou, no lado esquerdo do peito da vítima (na região do coração).

Pois bem. Sendo a decisão impugnada proveniente de um veredicto proferido pelo Tribunal do Júri, deve ser levada em consideração a específica proteção constitucional conferida a esse instituto, tendo em vista a garantia da soberania dos veredictos dos jurados prevista no alínea *"c)" do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal: 'é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;'."*

Em consequência, nos processos que envolvem crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, não é possível, sob qualquer pretexto, que cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o. Na excepcional hipótese em que for constatado erro no veredicto, o único caminho a ser trilhado é a remessa do caso a novo julgamento pelo próprio Tribunal Popular. Em hipótese alguma, um juiz ou uma corte togada, quanto ao mérito, pode invalidar o veredicto e proferir outro em seu lugar.[1]

Inclusive, como corolário da garantia constitucional da soberania dos veredictos, no Código de Processo Penal há apenas uma hipótese em que se admite a interposição de apelação contra a decisão dos jurados. Trata-se do caso previsto na alínea "d)" do inciso III do art. 593, em que a conclusão apresentada pelos jurados tenha sido *"manifestamente contrária à prova dos autos"*.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 4ª Edição. Ed. RT. 2013. Pág. 36.

As outras 3 (três) hipóteses em que se admite a interposição de apelação contra as decisões do Tribunal do Júri referem-se a fatos extrínsecos à atividade cognitiva dos jurados. A primeira, alínea *"a)"*, remete à possibilidade de *"ocorrer nulidade posterior à pronúncia"*, hipótese que não envolve qualquer ato cognitivo de jurado. A segunda, alínea *"b)"*, refere-se a ato do juiz togado, Presidente do Tribunal do Júri, quando a sua sentença for *"contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados"*, não envolvendo, portanto, erro no veredicto dos jurados. A terceira e última, alínea *"c)"*, também trata de hipótese relacionada a ato exclusivo do juiz-presidente, quando *"houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança"*.

Portanto, para que o veredicto dos jurados seja afastado, é imprescindível a demonstração de que a sua decisão tenha sido *"manifestamente contrária à prova dos autos"*. A questão é tão excepcional que ela só pode ser alegada em uma única oportunidade, conforme disposição expressa no CPP (art. 593, § 3º).

Em consequência, a sujeição do réu a novo julgamento, em razão de contrariedade entre o veredicto e a prova dos autos, deve ocorrer em situações extremas, quando evidenciada de forma cristalina a absoluta ausência de nexo entre os elementos probatórios colhidos na instrução processual e a conclusão apresentada pelos jurados e exteriorizada em seu veredicto. Não à toa o legislador utilizou a expressão "manifestamente", para externar que somente em casos excepcionais é que se poderá admitir novo julgamento por contrariedade lógica entre o primeiro veredicto e a prova dos autos.

> Guilherme de Souza Nucci, exemplificando a excepcionalidade desta hipótese, apresenta os seguintes ensinamentos: *"Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma dos correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. [...] Não é decisão 'manifestamente' contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida."*[2]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também indicam a necessidade de que seja feita uma interpretação restritiva da terminologia empregada no art. 593, III, d, do CPP. Nesse sentido:

> *"O advérbio 'manifestamente', constante do art. 593, III, d, do CPP, autoriza os jurados a apoiarem-se em qualquer prova dos autos, não cabendo questionar-se se tal prova é a melhor ou se foi corretamente valorada. Basta que a decisão do júri se apóie em alguma prova existente nos autos, como se deu no caso."* (STF, AO 1047 ED).

> *"Manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão arbitrária, dissociada do conjunto fático-probatório produzido, não aquela que apenas diverge do entendimento firmado pelo órgão julgador a respeito da matéria."* (STJ, REsp 212619/PR).

No presente caso, portanto, caberia ao apelante (Ministério Público Estadual) demonstrar que as provas dos autos coligiram, de forma clara e evidente, a uma única ilação, qual seja, a de que o apelado golpeou a vítima com a intenção de matá-la.

Para justificar a sua tese (de que o veredicto foi contrário à prova dos autos), o apelante apresentou 2 (dois) elementos que demonstrariam essa suposta contrariedade: o primeiro refere-se às contradições das declarações apresentadas pelo apelado na fase inquisitorial, na do *judicium accusationis* e na do *judicium causae*; o segundo refere-se à interpretação lógica das provas, as quais demonstrariam que o acusado nutria sentimento homicida no momento da ação delituosa, tanto que golpeou com uma faca a vítima na região do coração, com tamanha potência a ponto de quebrá-la.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª Edição. Ed. RT. 2012. Pág. 1.048.

Pois bem. Quanto às diferentes versões apresentadas pelo apelado, cabe esclarecer que a contradição apontada pelo apelante é completamente irrelevante em um juízo de ponderação entre o veredicto e a prova dos autos. Antes de se caracterizar como um meio de prova, o interrogatório do acusado, seja aquele prestado perante a autoridade policial ou durante a instrução processual tem cunho de instrumento de defesa, e sob esse prisma é que deve ser primordialmente interpretado.

Se os jurados foram influenciados pela alteração de versões por parte do acusado, tal hipotética situação não é capaz de fazer o réu se sujeitar a um novo julgamento, pois o que deve ser evidenciado para gerar essa consequência é a contrariedade entre o veredicto e o conjunto probatório existente nos autos, sendo irrelevante se a conclusão apresentada pelos jurados foi influenciada ou se ajustou a determinada versão dos fatos apresentada pelo acusado.

Portanto, o fato do réu/apelado ter modificado a sua versão dos fatos em todas as oportunidades que teve para se pronunciar perante uma autoridade não justifica, por si só, a repetição do julgamento pelo Júri, o que somente pode ocorrer quando demonstrada de forma cabal a completa dissociação entre o conjunto dos elementos de prova existentes no processo e a conclusão tomada pelos jurados e externada no veredicto.

Assim, o importante a analisar é qual a conclusão lógica que se extrai da soma das provas produzidas no feito e se o veredicto dos jurados está em consonância com elas ou em manifesto desacordo, sendo que essa última hipótese é a única e exclusiva que autorizará a sujeição do réu a novo julgamento.

Como já mencionado, para o apelante, as provas existentes no processo demonstram que o acusado nutria sentimento homicida no momento da ação delituosa, tanto que golpeou com uma faca a vítima na região do coração, com tamanha potência a ponto de quebrar a arma branca. Já o apelado sustentou que a lesão corporal causada na vítima foi de natureza leve, incapaz de produzir o resultado morte, e que o contexto social e fático que rodeou a ação criminosa não evidenciam que ele tenha agido com a intenção de matar.

Nesse ponto, deve ser esclarecido que a tentativa de homicídio exige, para seu reconhecimento, atos inequívocos da intenção do agente de causar a morte. Não basta, assim, para configurá-la a conduta ofensiva e a ocorrência de lesões corporais. Inclusive, a dúvida, como se sabe, resolve-se sempre em favor do réu.

O problema é que a prova da intenção de matar é, na maioria dos casos e principalmente quando o resultado morte não se consuma, bastante difícil, pois ela resulta de elementos exteriores, nem sempre inequívocos. Em verdade, a prova do dolo dá-se não com uma incursão na psiquê do agente, mas sim pela *contextualização* das opções que o agente dispunha, da eleição dos meios a sua disposição, da exteriorização de suas ações e dos motivos da sua conduta.

Enfim, para definir a real intenção do acusado, deve ser levado em consideração o contexto em que ocorreu a lesão corporal.

No presente caso, verifica-se que o acusado utilizou como instrumento para a prática do fato *"uma faquinha de mesa com o cabo de plástico, de serrinha"* (fls. 17 e 24), cujo potencial lesivo é evidentemente reduzido, ainda mais quando os golpes se resumem a apenas 2 (dois). Esse é um elemento que torna duvidosa a intenção de matar, pois, em regra, aquele que busca o resultado morte com o uso de arma branca tende a realizar o ato com um instrumento perfurocortante com alta potencialidade lesiva, o que não é característica de uma *"faca de serrinha"*.

Por outro lado, é evidente que os golpes atingiram região vital (hemitótax esquerdo – fl. 10), o que poderia levar à conclusão de que realmente o acusado tinha a intenção de causar a morte da vítima, ainda que por meio de uma arma branca com reduzida potencialidade lesiva.

A questão é que os elementos do fato devem ser interpretados de maneira conjunta, e no presente caso o modo de agir do acusado torna bastante duvidosa a sua real intenção, pois apesar de ter golpeado a vítima com arma branca em região vital, utilizou, para tanto, uma faca de baixo potencial lesivo, tanto que as lesões causadas foram de natureza leve (fl. 10/verso).

É tão duvidosa a real intenção do acusado que, analisando o depoimento das testemunhas presenciais do fato, constata-se que elas também não têm certeza sobre qual era a vontade do acusado ao golpear a vítima. Uma das testemunhas concluiu que o réu acertou a vítima para matar (fl. 168), enquanto a outra considerou que o réu não queria matar a vítima (fl. 169). Nesse sentido:

"Pela percepção da testemunha Émerson acertou Paulo para matar, inclusive a testemunha tinha medo de Émerson por ter ouvido falar que ele era uma pessoa perigosa por ter se envolvido em assalto em Campo Grande." (Wesley Rezende Lopes – fl. 168).

"Considera que o réu não queria matar Paulo, pois pelo que viu foi uma facada nas costas e que Paulo ainda estava caído no chão. Que em razão da facada acredita que a vítima não ficou impossibilitada para o trabalho." (Gilson Oliveira da Silva – fl. 169).

Portanto, a conclusão a que se chega após a análise do conjunto probatório existente no processo é de que não há certeza quanto à real intenção do acusado, e não havendo certeza sobre o dolo de matar, mostra-se plausível o veredicto dos acusados no sentido de que o réu não executou um crime de homicídio não consumado por circunstância alheias à sua vontade, o que determinou a desclassificação do crime de homicídio tentado para o de lesão corporal consumada.

Em síntese, a decisão dos jurados se apoiou na ausência de elementos concretos indicativos da intenção de matar por parte do acusado, o que não se mostrou equivocado, pois condizente com o conjunto de provas existentes no processo.

Dessa forma, não há razão para a sujeição da ré a um novo julgamento, pois não restou demonstrado que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Posto isso, contra o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, IMPROVERAM O APELO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exmª. Srª. 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, MS, 02 de dezembro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001477-98.2009.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – TORTURA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE MAUS TRATOS – POSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CONFIRMA A PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 136, § 3º DO CÓDIGO PENAL – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a sentença que desclassifica a conduta tipificada, na denúncia, como tortura para aquela prevista no tipo do crime do artigo 136, § 3º do Código Penal, quando não comprovado nos autos, que os acusados tinham a intenção de causar intenso sofrimento físico ou mental na criança, mas sim corrigi-la, com abuso de meios de correção ou disciplina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação interposta por Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 309-312, que desclassificou o delito de tortura para maus-tratos (art. 136, § 3º, do Código Penal) cometido por L. de A. S. e L. C. C. de A. contra o menor P. H. de A. S.

Em suas razões, às f. 315-320, requer, em síntese a condenação dos apelados pela prática de tortura, ante as provas carreadas nos autos.

Em contrarrazões às f. 327-335, os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às f. 338-344, pugna pelo provimento do recurso ministerial e ao final prequestiona dispositivo legal.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Apelação interposta por Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 309-312, que desclassificou o delito de tortura para o delito de maus-tratos cometido por L. de A. S. e L. C. C. de A. contra o menor P. H. de A. S.

Narra a denúncia de f. 02-05, *verbis:*

> *"(...) Consta do incluso inquérito policial que, no dia 07 de setembro de 2009, por volta de 17 horas, na residência situada na Rua Marechal Deodoro, n. 231, Bairro São Bento, nesta Comarca de Sidrolândia/MS, os denunciados (01) L. de A. S. e (02) L.C. C. de A. submeteram a criança P. H. de A. S., de apenas 08 (oito) anos de idade (cópia da certidão de nascimento à f. 33), o qual se encontrava sob sua guarda e poder dos réus, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*
>
> *Segundo restou apurado, policiais militares, em razão de denúncias via telefone, deslocaram-se até o local dos fatos, ocasião em que constataram o pequeno infante P. H. no quintal da casa, acompanhando apenas de seu irmãozinho de 04 (quatro) anos, estando P. H. acorrentado nas pernas (elucidativas fotografias encartadas às fls. 34-38), corrente essa enrolada e presa por um cadeado (Auto de Apreensão de f. 31), de forma a não possibilitar sua locomover.*
>
> *Constatada a nefasta violência à criança, os policias acionaram o Conselho Tutelar, bem como, carregando o infante no colo (já que não conseguiam desprendê-lo da corrente), levaram-no até a Delegacia de Polícia.*
>
> *O infante encontrava-se, também, com lesão na cabeça (fotografia de fls. 39 e Laudo de Exame de Corpo de Delito de f. 42), ocasionada por ação violenta e covarde de sua genitora, a denunciada (01) L. de A. S., a qual desferiu golpes de fivela de cinto na cabeça da vítima.*
>
> *A denunciada foi encontrada em um bar e conduzida para a Delegacia de Polícia, local em que confessou (fls. 13-14) ter desferido os golpes na criança e que ensejaram a lesão supramencionada, bem como confirmou as declarações, do infante, de que já havia preso seu filho em correntes, em outras oportunidades, com intenção de castigá-lo por indisciplina e para evitar que saísse de casa.*
>
> *Destaca-se, ainda, que os policiais, tomando conhecimento de que desta vez fora o denunciado (02) L. C. C. de A. (que é tio do infante e reside na mesma casa), quem acorrentara P. H., tudo com a conivência da co-denunciada e sob pretexto de evitar que saísse de casa, contactaram com o denunciado, solicitando sua presença na Delegacia, para trazer a chave do cadeado.*
>
> *Assim, após apresentar a chave do cadeado usado para trancar a criança com a corrente, (02) L. C. C. de A. tentou, ainda que em flagrante contradição com sua postura de detentor da chave e confirmações do infante e da co-denunciada de sua autoria no caso em lume, negar a funesta ação torturante evidenciada.*
>
> *O infante, assim, foi liberado das correntes e os torturadores presos, conforme consta do auto de prisão em flagrante que inaugura o inquérito policial que embasa a presente denúncia. (...)."*

Insurge-se o Ministério Público contra a sentença, às f. 309-312, que desclassificou a conduta tipificada, na denúncia, como tortura para aquela prevista no tipo do crime do artigo 136, § 3º, do Código Penal, sob os seguintes fundamentos:

"O Ministério Público alega que os acusados cometeram o crime de tortura, sendo que a Defesa pleiteia a desclassificação para o crime de maus-tratos.

No caso, faz-se necessário distinguir tais delitos, cuja diferença básica entre eles está no elemento volitivo.

O delito de maus-tratos tem como elemento subjetivo a vontade de corrigir ou de disciplinar, sendo que a tortura tem como elemento subjetivo a vontade de causar intenso sofrimento físico ou moral.

Disto se extrai que a finalidade da conduta no caso de maus tratos é a repreensão de uma indisciplina e na conduta da tortura é a de causar sofrimento na vítima.

Pelo conjunto probatório carreado aos autos, verifica-se que a prova testemunhal demonstrou que os acusados acorrentaram a criança para que esta não fugisse de casa e a agressão por parte da acusada se deu em razão da criança ter desobedecido suas ordens.

Diante dos relatos contidos nos autos, não se pode afirmar que os acusados tinham a intenção de causar o padecimento da criança, não havendo prova cabal acerca da intenção de causar deliberado sofrimento.

Some-se a isto o fato da prova pericial (fls. 175/181), ter concluído que as lesões sofridas pela criança '(...) são produto de maus tratos infantis, não caracterizam tortura e não ofenderam a integridade somatopsíquica (ou psicossomática) de P. H.'.

Assim, vislumbra-se que não há prova robusta sobre o dolo dos acusados quanto ao especial fim de agir inerente ao delito de tortura (impingir sofrimento insuportável), eis que apesar do excesso praticado pelos acusados nas correções e castigos, estes se deram em razão de indisciplina e desobediência por parte da criança.

Com isso, a desclassificação do delito de tortura para o delito de maus-tratos cometido contra pessoa menor de 14 anos, previsto no art. 136, § 3º, do Código Penal, é medida que se impõe.

Tal delito prevê pena de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, com o acréscimo de 1/3 (um terço) em razão do crime ter sido cometido contra menor de 14 anos.

Logo, em razão da desclassificação do delito narrado na denúncia para outro cuja pena mínima não ultrapassa 01 (um) ano, mostra-se conveniente que antes de ser proferida sentença, seja intimado o representante do Ministério Público acerca desta decisão e, não havendo recurso, se manifeste acerca de eventual proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) em favor dos acusados, na forma prevista no art. 383, § 1º, do CPP e possibilitada pela Súmula 337 do STJ".

Realmente, pelo conjunto probatório, deve ser mantida a sentença que desclassificou o delito de tortura para o de maus tratos. Senão, vejamos:

A materialidade delitiva restou consubstanciada pelo laudo de exame de corpo de delito (fls. 47/49), e demais provas orais.

A apelada L., ao ser interrogada na fase policial, às f. 18-19, aduz que há algum meses passou a ter problemas com seu filho P. H., visto que esta passou a furtar dinheiro de casa, bem como fugir e ficar na praça do bairro. Alega que por duas vezes o prendeu pelas pernas com um corrente. Afirma que precisando ir até o bar "risca faca" para buscar comida e sabendo que P. H. poderia fugir, o prendeu com uma corrente e um cadeado:

"(...) Atualmente a interroganda e seus filhos P. H., H. M. e E. E. reside em casa própria no endereço acima, onde reside também seu irmão L. Há algum meses a interroganda passou a ter problemas com P. H., visto que esta passou a furtar dinheiro de casa, bem como fugir e ficar na praça do Bairro São Bento. A Escola Porfíria passou a fazer comunicados para a interroganda sobre as faltas de P. H., que não entrava na escola e içava na referida praça. A interroganda então mandou P. H. para içar com sua avó, a mãe da interroganda, em Campo Grande, tendo assim P. H. se afastado das aulas. Por problemas de saúde de sua genitora esta não teve condições de continuar com P. H., tendo ele retornado para esta cidade e causando os mesmos problemas. Por duas vezes a interroganda o prendeu pelas pernas com um corrente. Em data de ontem por volta das 15:00 horas a interroganda precisando ir até o bar "risca faca" para buscar comida e sabendo que P. H. poderia fugir, o prendeu com uma corrente e um cadeado.

(...) A interroganda admite que tem negligenciado no trato a seus filhos, mas seu irmão L. não é má pessoa e foi por tal motivo que decidiu assumir a responsabilidade que não era sua. É verdade também que a interroganda já amarrou seu filho H. M. com as mãos para trás e o amarrou com uma calcinha e não com faixa ou atadura. (...)" g.n.

Em juízo, às f. 264-271, a apelada afirma que quem acorrentou o menor, no dia dos fatos, foi o seu irmão L. C. C. de A., *verbis:*

"(...) JUIZ: Tá. Consta aqui que, em setembro de 2009, a criança P. H. de A., seu filho, teria sido vítima de tortura, diante emprego de violência, teria sofrido fisicamente e mentalmente, por castigo pessoal e medida de caráter preventivo. Diz que a criança foi encontrada acorrentada nas pernas, presa por um cadeado, bem como teria sido encontrado com um ferimento na cabeça. O quê que a senhora tem a dizer acerca disso, se isso aconteceu, como aconteceu e por que aconteceu?

RÉU: (...) Nunca larguei dos meus filhos, eu nunca quis arrumar um marido porque eu acho que se for bater ou fazer alguma coisa que seja eu, que seja minha mão. Erra a gente pode ser, mas é uma coisa que eu tenho na minha cabeça. E aí o meu tio foi e procurou o Conselho no dia 05, eles iam encaminhar para a Promotoria no dia 8 de setembro, do ano passado. Porque eles tinham visto também que eu estava fumando, eu acho que alguém já deu alguma droga para ele naquela pracinha, porque ele não fala. Ele dormiu, mais ou menos, uma 18 horas seguidas, de nem se mexer, sujo, sujo, sujo, isso não é normal, uma criança. Só que ele não fala e eu também estava muito cansada assim de tá correndo atrás das coisas, assim. E aí eles me encaminharam, e a gente, aí eu ainda falei para o meu irmão, falei: "Agora, nós vamos ter que cuidar até passar o feriado, porque o Conselho vai ajudar a gente", eu falei: "Se ele não ajudar agora não sei mais o quê fazer", porque era minha última esperança, no dia 8 de setembro. E a gente ficou, cuidando, o meu tio falou: "Não, deixa que domingo você vai trabalhar, eu vou levar ele lá para a minha casa, eu cuido dele e trago ele a tarde para você não ter problema". Ele chegou mais cedo do que era para chegar e eu estava ainda trabalhando, que eu estava limpando a lanchonete. Para ele não sair até eu chegar, ele antes me ligou, falou: "Oh, o P. acabou de chegar". Para não dar o intervalo dele sair e não fugir, porque ele fugia, eu não sabia nem onde ele estava. Na época ele tinha 8 anos ele chegava 10:00, 11:00 da noite em casa e por muitas e muitas vezes eu procurei o Conselho e eles só queriam encaminhar ele para o PET, a única coisa que (...) ' Não, nós vamos encaminhar', ninguém encaminhava.'(...) Eu assim, Doutor, eu não acho errado meu irmão ter me ajudado a cuidar dele, no momento, na ocasião eu tenho certeza que nem ele pensou naquilo que ele fez, porque eu sei que ele só tentou me ajudar.

JUIZ:Tá. E isso aqui que ele fez quer dizer o quê?

RÉU: De amarrar ele até eu chegar (...).

JUIZ: A senhora está me dizendo que o L. que acorrentou ele nesse dia?

RÉU: Nesse dia foi." g.n.

Por sua vez, o apelado L., em seu depoimento na fase policial, às f. 20-21, que L. tem problemas com a educação e controle de seu filho P. H., visto que costumeiramente ele foge de casa ou mesmo furta dinheiro de L. Apesar de já ter visto L. tentar corrigir P. H., nunca havia visto ela o acorrentar. Nega que tenha acorrentado as pernas de seu sobrinho P. H.:

> *"(...) Há cerca de seis meses o interrogando reside em uma casa que é geminada com a casa de sua irmão L.. O interrogando sabe qeu L. tem problemas com a educação e controle de seu filho P. H., visto que costumeiramente ele foge de casa ou mesmo furta dinheiro de L.. Apesar de já ter visto L. tentar corrigir P. H., nunca havia visto ela o acorrentar. Costumeiramente o interrogando chega de seu serviço e L. o comunica que P. H. não está em casa, fato que leva o interrogando a ir até a praça do Bairro São Bento e lá encontrar P. H., fazendo com que o retorne à casa. Em data de ontem, no horário do almoço, L. havia ido para o bar "risca faca", onde trabalha. O interrogando estava em sua casa e ali serviu almoço para seus sobrinhos E. e H.. P. H. não estava em casa. Após o almoço o interrogando saiu e deixou E. e H. em casa, sendo certo que P. H. ainda não havia retornado.*
>
> *(...) Alguns minutos depois o Major Rios telefonou para o interrogando e pediu que o interrogando comparecesse no quartel, mas que antes passasse na casa de L. para pegar a chave de um cadeado. O interrogando foi até a casa e encontrou a chave do cadeado dependurada em uma porta. Afirma que conhecia a chave do cadeado porque este na verdade servia para fechar a porta da casa do interrogando. Nega que tenha acorrentado as pernas de seu sobrinho P. H. (...)"* g.n.

Em juízo às f. 272-278, o apelado afirma que acorrentou o menor, como única opção, para ele não ficar na rua, que não pensou em outra atitude, porquanto já tinha ido atrás de atitude, do Conselho (f. 274). Acerca do ferimento na cabeça do menor alega que foi dias antes de ficar acorrentado, em decorrência da agressão por parte da apelada em razão de a criança ter desobedecido a suas ordens.

O menor P. H. de A. S. às f. 16-17 assim se manifestou:

> *"(...) Afirma que é comum sua mãe acorrentar pelas pernas, colocando um cadeado para que o declarante não se locomova. A corrente não é usada em seu irmãos, mas com relação a H., sua mãe amarra as mãos dele para trás, fazendo uso de ataduras, que o declarante chama de faixas. Com relação a E., esta "somente" apanha de sua mãe. Em data de ontem sua mãe foi trabalhar no "risca faca" e o declarante, com consentimento dela, foi almoçar na casa do vizinho. Mais tarde seu tio L., sabendo que o declarante havia ido na casa de L., que é mãe da M., decidiu acorrentá-lo para não mais saísse de casa. O declarante conseguiu se livrar da corrente, mas L. o prendeu novamente, desta vez com a corrente mais apertada de forma que o declarante não se livrou até a chegada da Polícia Militar.*
>
> *(...) Há cerca de três dias sua mãe foi lhe bater com um cinto e um dos golpes dados com a fivela do objeto acertou a cabeça do declarante, causando um corte. Sua mãe o trouxe até o hospital e disse que o declarante havia batido a cabeça na quina da cama quando virava cambalhota. O ferimento foi fechado com oito pontos cirúrgicos."*

Em juízo, às f. 239-241, o menor confirma que o seu tio, o apelado L. C. foi quem o acorrentou porque "saía muito de casa" (f. 240), que a mãe as vezes o acorrentava, pois era "teimoso e saía também de casa e chegava à noite":

"(...) Aí eu almocei, uma hora eu fui para casa, de volta para a minha casa, aí depois tinha um real em cima da mesa, eu peguei. Fui lá comprei um sorvete, depois o meu tio me chamou, aí eu joguei do lado do muro. Aí meu tio falou: "O quê que você tem aí." Aí eu falei: "nada". Aí meu irmão foi lá e achou o um real. Aí meu tio me acorrentou e saiu. Aí depois eu consegui me soltar, ai eu fiquei escondido. Depois ele me achou e me acorrentou mais forte.

(...).

JUIZ: Ham. E por que, ele acorrentou você?

DEPOENTE: É porque eu saia muito de casa.

JUIZ: Tá. E a sua mãe fazia isso com você de vez em quando?

DEPOENTE: Fazia, ela me colocava na corrente e só a minha irmã que ela não acorrentava. O meu irmão ele ficava amarrado nos braços numa meia, com meia.

JUIZ: Tá. E por que, que ela fazia isso com vocês?

DEPOENTE: Ah, eu saía muito e meu irmão fica muita bagun...Ele bagunça demais né. Ele é muito teimoso.

JUIZ: Tá. Então ela fazia isso porque vocês aprontavam, é isso? Sim?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Tá. É verdade que o Senhor tem problema de comportamento na escola, briga com as meninas. É verdade? Sim?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Por quê?

DEPOENTE: As mulheres xingam, aí uma guria ela me xingou, aí depois eu dei soco na cara dela, aí depois eu fui para a diretoria e a secretária falou que ela levou uma advertência e eu suspensão por três dias. (...)."

Nos depoimentos acima transcritos, às f. 264-271 e 272-278, os apelados relatam que temem o envolvimento do menor com drogas e pequenos furtos, sem falar quando o menor desaparece, chegando tarde em casa, além de possui inúmeros problemas na escola (f. 235-236).

Muito embora censurável, a conduta dos apelados não resta configurado o delito tipificado na denúncia, ou seja, no artigo 1º, inciso II, c/c o parágrafo 4º, da Lei n. 9.455/1997.

"Art. 1º Constitui crime de tortura: [...].

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

[...] § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

[...] II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência,

> *adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;"* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm

O dispositivo exige que o agente submeta pessoa sob sua guarda a *"intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo"*. Como tem destacado a doutrina, *"o intenso sofrimento físico ou mental, aliás, é o que diferencia este tipo daquele insculpido no art. 136, CP."*[1]

Como leciona Nucci, o tipo exige um elemento subjetivo do tipo específico, de maneira que *"não se trata de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto."* [2]

Não se vislumbra, pelas provas dos autos, na conduta dos apelados, o desejo de causar sofrimento na vítima, por prazer, ódio, ou outro sentimento equivalente, caracterizadores do crime de tortura.

No caso em tela, apesar do excesso praticado pelos apelados nas correções e castigos, ainda que o meio empregado tenha sido inadequado estes se deram em razão de indisciplina e desobediência por parte da criança, tratando-se de maus-tratos.

> Segundo Cézar Roberto Bitencourt[3], *"o que caracteriza o crime de maus-tratos é o excesso do meio corretivo, disciplinar ou pedagógico que coloca em perigo a vida ou a saúde da vítima subordinada. O direito de correção conferido a pais, tutores e curadores deve ser exercido com moderação e finalidade educativa, sendo inadmissível o emprego de violência contra filho menor, pupilo ou curatelado"*.

Nesse sentido:

> *"PENAL. ACUSAÇÃO DE TORTURA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MAUS TRATOS. Conjunto probatório que confirma a prática de maus tratos. Correta a sentença que desclassifica a conduta tipificada, na denúncia, como tortura para aquela prevista no tipo do crime do artigo 136 do Código Penal. Apelo desprovido."* (TJDF; Rec 2011.01.1.065569-9; Ac. 603.979; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Mário Machado; DJDFTE 01.08.2012; Pág. 182).
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. LEI N.: 9.455/97. RECONHECIMENTO DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE MAUS-TRATOS. DIFERENCIAÇÃO VOLITIVA. (...) Se as provas dos autos são suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade da conduta de maus-tratos, incabível é a condenação dos réus pelo delito de tortura. Os crimes de tortura e maus-tratos se diferenciam, objetivamente, pelos elementos volitivos. Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano ou exagerado, o crime é de maus-tratos, mas se a conduta não tem outro motivo senão o de fazer sofrer por prazer, ódio ou qualquer sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura, desde que provocado sofrimento intenso na vítima. (...)"*. (TJMG; APCR 1.0525.07.112096-4/001; Rel. Des. José Mauro Catta Preta Leal; Julg. 04.09.2012; DJEMG 14.09.2012).
>
> *"EMBARGOS INFRINGENTES. TORTURA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE MAUS TRATOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. Se a intenção dos agentes foi o desejo de corrigir, sem causar à vítima intenso sofrimento físico ou mental, há de se desclassificar a conduta para o delito previsto*

1 CUNHA, Rogério Sanches. **Tortura. Lei 9.455, 07.04.1997.** *In*: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. Legislação Criminal Especial. São Paulo: RT, 2009, p. 958.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 688.

3 "Tratado de Direito Penal – Parte Especial", vol. II, editora Saraiva, 2003, p. 311.

no art. 136 do CPB: maus tratos." (TJMG; EINF-NUL 1.0427.08.006437-6/003; Rel. Des. Furtado Mendonça; Julg. 30.10.2012; DJEMG 09.11.2012).

Por fim, o laudo pericial de f. 175-181 concluiu que a conduta dos apelados: *"(...) são produtos de maus tratos infantis, não caracterizam tortura e não ofenderam a integridade somatopsíquica (ou psicossomática) de Pedro Henrique"*.

Quanto ao prequestionamento aventado tenho que a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivo legal.

Desta forma, a sentença singular deve ser ratificada.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

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. 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, MS, 21 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0003759-94.2008.8.12.0029 – Naviraí
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INJÚRIA QUALIFICADA (RACIAL) – DELITO CARACTERIZADO – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovado que o agente ofendeu a dignidade e o decoro da vítima por meio de elementos referentes a sua raça e cor, com a intenção de atingir-lhes a honra subjetiva, resta caracterizada a prática do crime de injúria racial ou preconceituosa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, MS, 30 de setembro de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal (f. 164-168) interposta por Jair José da Silva, condenado pela prática de injúria racial (f. 144-150).

Para tanto, afirma que não há nos autos provas que amparem a condenação. Aduz que o depoimento das testemunhas de acusação foram prestados "de favor", tendo o apelado o intuito de se vingar. Pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões de Marcos Pereira de Souza (f. 173-181) e do Ministério Público Estadual (f. 184-192) pelo improvimento do apelo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 195-209) pelo no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Apelação Criminal (f. 164-168) interposta por Jair José da Silva, condenado pela prática de injúria racial (f. 144-150).

Consta na queixa-crime denúncia que em 28 de abril de 2008, às 4h50, o apelante Jair chamou a atenção do apelado Marcos, por ter este faltado ao serviço e, ainda disse *"preto quando não caga na entrada, peida na saída"*.

De uma análise dos autos, verifico que ao contrário do exposto pela defesa técnica do apelante, o delito descrito no artigo 140, § 3º, do Código Penal resta configurado. Vejamos.

O apelado Marcos, que é negro, em 29 de abril de 2008 registrou a ocorrência, narrando que havia sido ofendido por Jair (f. 06).

Em juízo Marcos confirmou que Jair era seu superior hierárquico, mas que o chefe mesmo era João Cancio (f. 95).

Ainda sobre Jair acresceu (f. 95-98).

> *"DEPOENTE: (ininteligível) Nesse período ele me chamava tipo assim: Eu não era preto, eu era azul, eu não era preto. O que aconteceu tinha uma foto do meu veículo não era discreto, aconteceu de eu chegar a terceira vez atrasado no serviço, no dia seguinte ele mandou assinar um aviso, advertência, e o fato eu recusei, eu vim explicar para ele, ao deparar ele virou as costas, eu falei que eu não queria isso aí né, ele veio e falou a palavra: "preto quando não caga na saída". [...].*
>
> *JUIZ: E quem que estava na hora, supostamente disse essas palavras aí?*
>
> *DEPOENTE: Ali estava cheio, eu chamei o Wilson e o Carlos como o Wilson estava na salinha atendendo o (...).*
>
> *JUIZ: O tal Leandro estava na hora ou não?*
>
> *DEPOENTE: Esse Leandro aí estava para o lado de fora né.*
>
> *JUIZ: É, ele não presenciou?*
>
> *DEPOENTE: Não. Na hora ele não estava lá dentro não. [...].*
>
> *DEFESA: Tenho. O local que aconteceu esse fato, foi no espaço de trabalho ou no escritório?*
>
> *JUIZ: Foi dentro lá da firma ou foi lá no depósito vamos dizer assim, foi lá no escritório ou foi lá na onde você trabalhava?*
>
> *DEPOENTE: Foi na firma, foi na entrada ali, dentro do escritório, eram 04:15 mas era hora do lanche, nós tínhamos que entrar as 05:05, nesse período aí que aconteceu isso."*

O apelante Jair disse, na fase policial, que Marcos faltou ao serviço em 27.4.2008 e no dia seguinte disse que estava com dor de barriga, mas que não tinha ido ao médico, razão de aplicar a pena de suspensão, sendo que Marcos se recusou a assinar o documento. Narrou ainda que o funcionário Leandro preencheu todo o documento e colhida a assinatura de duas testemunhas, sendo que não proferiu as palavras descritas na queixa-crime (f. 09).

> Disse ainda Jair, *in verbis* que: *"quando MARCOS chegou no serviço no dia 29/04/08 chegou no declarante e disse ' que história é essa de você falar que preto quando não caga na entrada, peida na saída'; QUE o declarante diz que não entendeu o que MARCOS estava dizendo, pois não tinha falado nada do que ele disse; QUE então disse para MARCOS 'olha da minha boca não saiu nada disso, mas se em algum momento você entendeu que eu disse isso, me desculpe."* (f. 09).

Em juízo Jair afirmou que Leandro o comunicou acerca da falta de Marcos ao serviço, sendo que este foi chamado, disse que e havia tido dor de barriga e não foi ao médico, razão de ser suspenso por

um dia. Acresceu que Marcos se recusou a assinar o documento, que foi assinado por duas testemunhas, negando ter injuriado Marcos (f. 113-114).

A testemunha Wilson Magali Mota, em juízo, contou que escutou o apelante Jair dizer para Marcos *"preto quando não caga na entrada, peida na saída"*, pois por ser membro da Cipa estava passando no local para entregar um remédio. Disse que *"não, não era brincadeira. Pelo que eu ouvi, eu estava passando não era brincadeira"* (f. 100-101).

A testemunha José Carlos Oliveira Santos, em juízo, confirmou que estava junto com Wilson Magali Mota e ouviu Jair ofender Marcos (f. 102-104).

A testemunha João Cancio Neto não presenciou os fatos, ficou sabendo do mesmo por terceiros (f. 108-112).

A testemunha Leandro, que subordinado de Jair à época dos fatos e ainda trabalha no mesmo local, disse não ter ouvido nenhum comentário ofensivo de Jair (f. 105-107).

Assim, verifica-se que apesar de Jair negar as ofensas, as mesmas foram comprovadas através da prova testemunhal.

> Frise-se que como ressaltou o Procurador de Justiça Adhemar Mombrum de Carvalho Neto *"é perceptível que o Querelado, no momento em que foi interrogado em juízo, não mencionou o diálogo que teria tido com o Qurelante sobre o ocorrido , porém quando foi interrogado pela autoridade policial, mencionou o fato de se desculpar, caso o Apelado tivesse entendido que o Apelante tinha a intenção de injuriá-lo. O apelante se contradiz ao dizer que 'pede desculpas' por algo que tenha dito, mas posteriormente, alega que não disse nada. Fica claramente evidente que o Apelante proferiu a frase injuriosamente discriminatória, porém, tardiamente tentou que o Apelado aceitasse as suas desculpas."* (f. 207-208).

Portanto, comprovado que o apelante Jair ofendeu a dignidade e o decoro da vítima Marcos por meio de elementos referentes a sua raça e cor, com a intenção de atingir-lhe a honra subjetiva, restando caracterizada a prática do crime de injúria racial ou preconceituosa.

Ante o exposto, voto pelo improvimento do apelo interposto por Jair José da Silva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, MS, 30 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0007170-67.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSURGÊNCIA MINISTERIAL E DEFENSIVA – CRIME DE FURTO QUALIFICADO DESCLASSIFICADO PARA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – SENTENÇA MANTIDA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS FURANDI* – DOLO COMPROVADO – CONDUTA TÍPICA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Mantém-se a condenação do agente pelo delito previsto no art. 150, *caput*, do CP, quando o agente de forma astuciosa invade domicílio, sem, contudo adentrar nos atos executórios do crime de furto, sendo inviável sua condenação pelo delito previsto no art. 155, § 4º, I e II c.c. art. 14, II, do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover os recursos.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e André Sales Souto contra a sentença de f. 63-65, que condenou o segundo à pena de 1 mês (um) e 15 (quinze) dias de detenção, inicialmente em regime semiaberto, pela prática do delito previsto no artigo 150, *caput*, do Código Penal.

Em suas razões recursais, o Ministério Público Estadual, às f. 79-85, requer a reforma da sentença para que o apelado seja condenado como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, inciso I e II, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Por sua vez, André Sales Souto, em suas razões às f. 88-90, pugna por sua absolvição ante a atipicidade da conduta, por ausência de dolo.

Em contrarrazões às f. 91-95 e f. 97-102, as partes opinam pelo improvimento dos recursos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 106-109, opinando pelo provimento do recurso Ministerial e improvimento do recurso do apelante André Sales Souto.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e André Sales Souto contra a sentença de f. 63-65, que condenou o segundo à pena de 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, inicialmente em regime semiaberto, pela prática do delito previsto no artigo 150, *caput*, do Código Penal.

Consta da denúncia às f. 2-3, em síntese, que:

> *"No dia 24 de julho de 2011, por volta das 13h:32min, na residência localizada na Rua Manaus, n. 1.167, Bairro Jardim Bela Vista, nesta cidade de Três Lagoas/MS, o denunciado ANDRÉ SALES SOUTO, mediante escalada dos portões do local e rompimento de obstáculos, qual seja, arrombamento de uma janela e uma porta do imóvel em questão (laudo pericial f. 53/58), tentou subtrair para si bens ali existentes, de propriedade de Jozias Martins de Oliveira, somente não conseguindo êxito em seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade."*

Passo análise dos recursos conjuntamente, tendo em vista que ambos relacionam-se aos fatos narrados na inicial, cabendo definir qual crime fora praticado.

Das provas apuradas nos autos, quais sejam, laudo pericial às f. 53-58 e oitiva judicial das testemunhas Edna Ferreira Bezerra e Alex Souza da Silva, respectivamente ás f. 41-43 e 36-37 e da vítima às f. 44-45, restou comprovada, a prática do delito de violação de domicílio e não de furto qualificado tentado.

A testemunha Edna Ferreira Bezerra, às f. 41-42, confirma a invasão, bem como o dolo de invadir do apelante, manifestando-se nos seguintes termos:

> *"DEPOENTE: Aí eu achei estranho por que Marco Aurélio não mora ali. Aí estava eu, meu pai e minha mãe almoçando ali e de repente, a gente escutou bater na porta, aí nós olhamos pelo rumo e ele estava arrebentando a porta né. Aí eu saí correndo para chamar a Sandra que mora tipo, na rua da minha casa, aí ele, eu acho que ele viu e ele parou de fazer né. Saiu correndo pulou de volta e falou assim, que estava com fome, minha mãe fez um prato de comida para ele né, aí ele falou assim que a mulher dele estava machucada não sei onde, estava machucada, eu falei assim: "Não, mas eu vou chamar a Sandra", aí ele falou assim: "Quem que é Sandra?", e eu falei assim: "Bom, se você é primo de Marco Aurélio igual você falou, você sabe que Sandra é tia do Marco Aurélio", e ele não sabia nem quem quem era Sandra né. E eu achei mais estranho ainda. Aí ele falou: "Não, então chama lá", eu peguei e fui chamar, quando voltei com a Sandra, só que veio todo mundo, todos os parentes né, que estavam na casa da Sandra, aí ele já não estava mais. Aí todo mundo correu para ver onde que ele estava, aí tinha um monte de popular que já estava batendo nele também. Então foi assim dessa forma.*
>
> *MP: ele não aguardou a senhora voltar?*
>
> *DEPOENTE: Não. Ele não aguardou. Com a Sandra. Que é no caso né, seria tia dele também. Que ele falou que seria primo do Marco Aurélio.*
>
> *O apelante na delegacia (f. 10-11), assim como em juízo negou a tentativa de furto, contudo assumiu ter adentrado no quintal da residência da vítima de forma astuciosa, eis que pulou as grades do muro para ingresso, sem autorização do proprietário (f. 38-40).*

> *O 'iter criminis' é composto pelos atos preparatórios, execução e consumação e segundo Damásio*[1] *a tentativa somente ocorre a partir dos atos executórios do crime e ainda, os atos preparatórios não são puníveis, a não ser quando o legislador os define como atos executórios de outro delito autônomo. Nesse sentido: TJSP, 'H.C.' n. 153.111, JTJ, 150:321. Nesses casos, o sujeito pratica crime não porque realizou atos preparatórios do crime que pretendia cometer, mas sim porque realizou atos executórios de outro delito. Damásio ainda cita como exemplo de ato meramente preparatório e não de tentativa no caso de Sujeito apanhado no interior da casa onde havia ingressado para furtar: JTACrimSP 44;171."*

Assim, das provas coligidas não restou demonstrado início da execução do crime de furto, mas somente atos preparatórios, tendo em vista que o réu não teve acesso ao interior da residência da vítima, permanecendo somente em seu quintal, nem tampouco esteve na posse de qualquer bem daquela.

Ocorre a tentativa de furto somente quando apesar de iniciada a fase executória de efetiva subtração, não ocorre a consumação da infração penal por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Conforme preceitua Nucci[2], existem três modalidades de invasão de domicílio, quais sejam, por clandestinidade, astúcia ou ausência de vontade da vítima, sendo que a segunda hipótese se enquadra exatamente nos moldes do relatado na denúncia, qual seja: "*invadir o domicílio de modo astucioso significa agir fraudulentamente, criando um subterfúgio para ingressar no lar alheio de má-fé, o que também pressupõe ausência de consentimento."*

Nos autos não há a demonstração concreta do *animus furandi* do agente de forma induvidosa, para ensejar condenação por furto tentado, pois a elementar de tal delito é "subtrair".

Ademais, não há se cogitar a ausência de dolo como requer a defesa, posto que além de adentrar clandestinamente nas dependências da residência da vítima, danificou uma porta e uma janela, não comprovando que a alegação de que apenas queria falar com a pessoa de Marco Aurélio, que sequer reside no local, sendo tão somente neto da vítima.

Assim, a sentença hostilizada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento aos recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Estadual e André Sales Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM OS RECURSOS.

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, MS, 21 de outubro de 2013.

***

1 JESUS, Damásio de. *In Código penal anotdado.* 21 ed – Saraiva: 2012, p.75.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 11 Ed: 2012- RT, p. 740.

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0003510-31.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO EXTERNO E REGIME DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – COMPLEXO PENAL QUE CONTA COM INDÚSTRIA COM CONVÊNIO COM A AGEPEN E ABSORVERÁ A MÃO DE OBRA CARCERÁRIA – AGRAVANTE NO REGIME SEMIABERTO – NÃO CUMPRIMENTO DOS CRITÉRIOS OBJETIVOS DO ART. 117 DA LEP – AGRAVO DE EXECUÇÃO IMPROVIDO – COM O PARECER.

Não é possível a autorização de trabalho externo se há informações nos autos de que existe empresa instalada no complexo penal que absorverá toda a mão de obra carcerária.

Não se concede regime domiciliar àquele que ainda cumpre pena no regime semiaberto e não se enquadra em nenhuma hipótese do art. 117 da LEP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improver o recurso, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, MS, 1 de julho de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de Agravo de Execução Penal interposto por Rogério Pereira Reis, objetivando a reforma da decisão de fl. 08, a qual indeferiu o pedido de cumprimento da pena em regime semiaberto domiciliar e autorização para trabalho externo.

Aduz que a Juíza singular equivocou-se ao indeferir o pedido de regime domiciliar e alega também que não há no Estabelecimento Penal vagas de emprego e previsões de que empresas irão se instalar no local, assim deveria ser autorizado o cumprimento da pena em regime semiaberto domiciliar.

O *Parquet* contra-arrazoa pela mantença da decisão lançada.

Em sede de retratação às f. 20 a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos.

O Parecer Ministerial às f. 30-34 opina pelo improvimento recursal.

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

No que tange ao pedido de trabalho externo, a autoridade coatora às f. 08 esclarece que foi instalada uma empresa no local que está oferecendo vagas para os internos trabalharem, e que há informação de que outra empresa se instalará no complexo penal, veja-se:

> *"(...) O art. 35, § 2º, do Código Penal, possibilita o trabalho externo ao reeducando, sendo que, por certo, deverá ser avaliada a boa conduta deste.*
>
> *Neste sentido, nada consta nos autos que desabone a conduta do reeducando até porque encontra-se cumprindo pena há pouco mais de 1 (um) mês.*
>
> ***Acontece que foi instalada uma empresa no local que está oferecendo vagas para os internos trabalharem e, ainda, há informação de que outra empresa também se instalará no referido estabelecimento penal nos próximos dias (...)**.*
>
> ***Sendo assim, indefere-se o cumprimento da pena em regime semiaberto domiciliar e a autorização para trabalho externo, devendo o reeducando trabalhar dentro do estabelecimento penal na empresa existente ou em outras que serão instaladas (...)"** (destaques nossos).*

Confirmando a instalação de uma empresa no complexo penal em questão, constato no documento encartado às f. 21 que a empresa Metalfrio informa que assinou contrato com a AGEPEN para oferecer serviço a todos internos da unidade, e que os trabalhos se iniciaram na data de 18.06.2012.

Portanto, com a presença das indústrias instaladas no complexo penal, não há necessidade de se outorgar autorização para trabalho externo solicitado.

No que tange ao pedido de regime domiciliar, o art. 117 da LEP somente autoriza o regime domiciliar àquele que está no regime aberto, nesses termos:

> *"(...) Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:*
>
> *I - condenado maior de 70 (setenta) anos;*
>
> *II - condenado acometido de doença grave;*
>
> *III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;*
>
> *IV - condenada gestante (...)".*

No caso em tela, o agravante não comprovou qualquer das condições acima que justifiquem a concessão do regime domiciliar.

E mais, o agravante sequer está no regime aberto, como se verifica da própria razão recursal às f. 09 que confirma que o apenado está no regime semiaberto.

Portanto, o agravante não alcançou os requisitos objetivos para obtenção do regime domiciliar pleiteado, tampouco demonstrou a excepcionalidade de seu caso.

Neste sentido, veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIMINAL. ART. 112 DA LEP. PROGRESSÃO DE REGIME. PRISÃO ALBERGUE. SUPERLOTAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.*
>
> ***A prisão domiciliar é restrita às hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução** Penal, admitida, excepcionalmente, quando não houver local adequado para a prisão especial.*
>
> *Incidência da Súmula 83/STJ.*
>
> *O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido."* AgRg. no REsp. 987.175/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01.12.2011.

Ante o exposto, com o Parecer Ministerial, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, IMPROVERAM O RECURSO, 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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, MS, 01 de julho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0030535-16.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Designada Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E ESTUPRO – ABSOLVIÇÃO QUANTO ROUBO – NÃO COMPROVAÇÃO DO DOLO – DESCABIMENTO – *ANIMUS FURANDI* EVIDENCIADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – PARCIALMENTE ACOLHIDA – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL SOPESADAS – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS IRRETOCÁVEIS – COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CIRCUNSTÂNCIAS NO CASO NÃO IDÊNTICAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Restando evidenciado nos autos que ao ser abordada a vítima teve, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma, subtraído seu celular, e que somente em momento posterior foi estuprada, resta nítido o *animus furandi*, sendo inviável o pleito absolutório pela aventada atipicidade da conduta.

II – Inidônea a valoração da moduladora das circunstâncias para o crime de estupro, porquanto o abalo psicológico causado à vítima não acarreta em qualquer desdobramento que ultrapasse o resultado já aguardado à conduta tipificada.

III – A clandestinidade, por figurar-se inerente aos crimes de estupro e roubo, não é suficiente apta a legitimar a exasperação da pena-base mediante a valoração negativa das circunstâncias do crime.

IV – Para valoração da moduladora da personalidade, deve o julgador valer-se de elementos contidos nos autos que possam servir para aferir *"a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito"* (STJ - *H.C.* 89.321/MS, Relª Minª Laurita Vaz, 5ª T., Dje 06.04.2009), devendo a exasperação da pena-base ser mantida se a fundamentação se alinha com tais premissas.

V – Nos termos do art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência é preponderante, sobre a atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da individualização da pena.

VI – Recurso parcialmente provido para afastar a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, bem como para efetuar a compensação entre a agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a pena total ao montante de 12 anos e 04 meses de reclusão e 30 dias-multa.

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 maioria, em parte contra o parecer, prover parcialmente o recurso de Apelação, nos termos do voto da Revisora (voto intermediário).

Campo Grande, MS, 10 de junho de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora Designada.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Robson Vander Lan interpõe o presente recurso de apelação criminal em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Campo Grande, que o condenou como incurso nos arts. 213 e 157, § 2º, I, c.c. 69, todos do Código Penal, inflingindo-lhe a pena total de 16 anos, 08 meses e 06 dias de reclusão e 145 dias-multa.

Pugna, nas razões: a) pela absolvição do crime de roubo majorado, em razão da atipicidade, b) pela fixação da pena-base no mínimo legal, e; c) pela compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Prequestiona, ao final, a violação ao art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ao princípio da presunção de inocência e do devido processo legal (fls. 189-217-228).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo. Prequestiona, oportunamente, em caso de provimento do apelo, a violação aos arts. 59, 61, 68 e 157, § 2º, I, do Código Penal, bem como ao art. 155 do Código de Processo Penal (fls. 233-243).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do apelo (fls. 247-253).

VOTO (EM 3.6.2013)

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Narra a inicial que:

> *"(...) No dia 18 de março de 2011, por volta das 05h50min, o denunciado abordou a vítima J. P. G., quando esta se encontrava caminhando na Rua Jorge Mascarenhas, Bairro Nova Lima, nesta Capital, e, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma – faca, constrangeu-a a com ele manter conjunção carnal. Logo após o estupro, o acusado subtraiu o seu aparelho celular, avaliado em R$ 399,00 (trezentos e noventa e nove reais), bem como sua cédula de identidade. (...)."*

Ao final do curso da ação penal a pretensão punitiva foi julgada procedente pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Campo Grande, condenando-se Robson Vander Lan como incurso nos arts. 213 e 157, § 2º, I, c.c. 69, todos do Código Penal, inflingindo-lhe, por consequência, a pena total de 16 anos, 08 meses e 06 dias de reclusão e 145 dias-multa.

Irresignado, apela a esta Corte.

Nas razões, pugna: *a)* pela absolvição do crime de roubo majorado, em razão da atipicidade; *b)* pela fixação da pena-base no mínimo legal, e; *c)* pela compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Passo à análise da irresignação recursal

> Aduz a Defesa que *"o apelante pegou o celular e a identidade apenas para empreender fuga, tanto é verdade que a 'res' não foi encontrada na posse do apelante, não configurando o 'animus furandi' (pretensão de assenhorar-se do bem) ou o 'animus lucrandi' (pretensão de lucro) para a caracterização do crime de roubo', e, assim, pugna pela absolvição em razão da atipicidade da conduta."*

Em que pese o esforço defensivo, o pleito absolutório não procede.

Nada obstante a negativa declinada pelo apelante em juízo, os elementos probatórios reunidos aos autos demonstram que agiu com dolo necessário à configurado do delito de roubo.

Vejamos.

O próprio apelante, na fase policial, confirmou que transitava com uma bicicleta quando notou a vítima J. P. G., resolvendo abordá-la, anunciando o assalto. Referiu que obrigou a vítima a subir na bicicleta, levando-a até um terreno baldio, e lá chegando efetuou a subtração do celular, exigindo, posteriormente, que se despisse, praticando assim o estupro (fls. 50-51):

> *"(...) Que, o interrogando disse para a vítima subir em sua bicicleta que era um assalto; (...); Que, o interrogando afirma que a vítima subiu em sua bicicleta, e se deslocaram duas quadras até um terreno baldio; Que, adentraram no terreno baldio, o interrogando de bicicleta e a vítima na garupa; Que, o interrogando pediu para que a vítima passasse o celular para ele (...)."*

A vítima, em seu depoimento judicial, afirmou que o apelante a abordou anunciando o assalto, ao passo, na sequência, vasculhou sua bolsa em busca de objetos e dinheiro, subtraindo assim apenas o celular, dado que não portava qualquer importância (fls. 164-166):

> *"(...) Eu saí dez para as seis de casa, para ir trabalhar, realmente como está aí, na esquina da minha casa ele me abordou, aí perguntou que horas eram, aí quando eu fui falar, ele falou que era um assalto, aí segurou no meu braço, me puxou para frente, aí abriu a bolsa, pegou o celular e abriu a carteira, aí viu que não tinha dinheiro, fechou, e mandou eu subir na bicicleta (...)."*

Como se vê, o apelante agiu com nítido *animus furandi*, eis que as provas dão conta de que inicialmente pretendia roubar objetos e dinheiro, logrando em subtrair o aparelho celular porquanto se tratava do único bem que a vítima portava no momento da abordagem.

Ademais, o estupro foi praticado em momento posterior, ou seja, não há evidências de que, com a subtração, apenas visava de garantir a impunidade do crime sexual.

Logo, criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, forçosa é a conclusão de que o apelante Robson Vander Lan praticou o delito de roubo narrado na exordial acusatória, afastando-se, por completo, a eventual possibilidade de absolvição mediante o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, melhor sorte socorre à Defesa.

Restou assentado na sentença que:

> *"(...).*
>
> ***3.1 Em relação ao crime de estupro.***
>
> *Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do acusado, não deve lhe prejudicar, porquanto foi comum para este tipo de delito; os antecedentes prejudicam o réu, porquanto possui sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, todavia tal fato somente será levado em consideração na segunda fase da fixação da pena, a fim de se evitar o bis in idem; não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do acusado; o réu possui um desvirtuamento atípico de sua personalidade, voltado para a prática de infrações penais, o que pode ser observado não apenas diante da reincidência,*

mas também pelos vinte e cinco fatos descritos no relatório de fls. 21/39, elaborado com a indicação e informações prestadas pelo próprio acusado, que inclusive levou os policiais até o local dos fatos, indicando a forma de atuação e as circunstâncias de cada caso, confessando, ainda, a prática de inúmeros delitos de estupro, roubo e furto; os motivos para a prática da infração penal não devem lhe prejudicar, já que comuns para esse tipo de delito; as circunstâncias devem lhe prejudicar, porquanto praticou o crime em questão em local ermo, abordando vítima mulher sozinha, logo nas primeiras horas da manhã, ainda durante período noturno segundo o critério cronológico; as conseqüências do crime lhe prejudicam diante do trauma psicológico gerado na vítima, que somente conseguiu se recompor após a prática da conduta delitiva após tratamento psicológico, estando ainda transtornada após mais de um ano da ocorrência do crime (fls. 166); o comportamento da vítima nada influenciou na prática do crime.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

(...).

3.2 Em relação ao crime de roubo majorado.

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 comum para este tipo de delito; os antecedentes prejudicam o acusado, porquanto possui sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, todavia tal fato somente será levado em consideração na segunda fase da fixação da pena, a fim de se evitar o bis in idem; não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do acusado; o réu possui um desvirtuamento atípico de sua personalidade, voltado para a prática de infrações penais, o que pode ser observado não apenas diante da reincidência, mas também pelos vinte e cinco fatos descritos no relatório de fls. 21/39, elaborado com a indicação e informações prestadas pelo próprio acusado, que inclusive levou os policiais até o local dos fatos, indicando a forma de atuação e as circunstâncias de cada caso, confessando, ainda, a prática de inúmeros delitos de estupro, roubo e furto; os motivos para a prática da infração penal não devem lhe prejudicar, porquanto comuns para esse tipo de delito; as circunstâncias devem lhe prejudicar, porquanto praticou o crime em questão em local ermo, abordando vítima mulher sozinha, no período noturno, a fim de se beneficiar da escuridão para empreender fuga e dificultar o reconhecimento; as conseqüências do crime não lhe prejudicam, já que resultou em abalo econômico de pouca monta para a vítima; o comportamento da vítima nada influenciou na prática do crime.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa. (...).”

Como se vê, nesta fase a reprimenda foi exasperada, em relação ao delito de estupro, diante da valoração negativa da personalidade do agente, circunstâncias e consequências do crime. Já quanto ao delito de roubo, foram consideradas desabonadoras a personalidade do agente e circunstâncias do crime.

No que diz respeito à valoração negativa do vetorial “consequências do crime” para o crime de estupro, deve ser arredada, pois, via de regra, o fato da vítima sofrer abalo psicológico não pode legitimar a exasperação da pena-base, pois se trata de consequência inerente à conduta delituosa.

Nesse sentido:

“E M E N T A – REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE APLICADA – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – ACOLHIDA EM PARTE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA

> *– PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO AFASTADAS – REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROVIDA. I - Nos moldes da jurisprudência das Cortes Superiores, entende-se por personalidade a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Logo, a personalidade dos réus não pode pesar em seu desfavor, mormente em razão de que ainda figura como alvo de inúmeras indagações na doutrina e jurisprudência, uma vez que envolve outras ciências como a psicologia e a psiquiatria, além de exigir o exame da índole e do caráter do agente. II - A fundamentação alinhada nos sérios comprometimentos à sanidade emocional da pessoa que os abusos sexuais causam, é inerente ao próprio tipo penal.* (Revisão Criminal n. 2011.030092-8, Seção Criminal, de minha relatoria, em 13.12.2011).
>
> *Já a personalidade, segundo entendimento das Cortes Superiores, deve ser entendida como a "agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito"* (STJ, HC 89321/MS, Relª. Minª. Laurita Vaz, 5ª T., Dje 06.04.2009).

Nesse diapasão, observa-se que a fundamentação declinada se amolda à intelecção da circunstância judicial em comento, porquanto retrata dado da personalidade (acentuada inclinação à delinqüência, especialmente em relação à delitos contra o patrimônio e sexuais) utilizada para a prática do crime.

Em relação à moduladora das circunstâncias do crime, Ricardo Augusto Schmitt bem a define como sendo *"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).

Nessa linha, a fundamentação alinhada deve ser afastada, já que não destaca elementos que influíram na gravidade da conduta, mormente quando se percebe que a clandestinidade desponta como elemento comum a ambos os delitos.

Tenho, portanto, que o recurso neste tópico deve ser provido para afastar a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime (art. 59 do Código Penal), operação que reservo para momento oportuno, já que ainda remanescem matérias recursais a serem apreciadas.

Por fim, requer o apelante a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Neste particular, a pretensão também comporta acolhimento.

É que, ocorrendo o concurso entre a reincidência e a confissão espontânea, a operação deverá resultar na compensação entres tais circunstâncias legais.

A respeito disso, cumpre ressaltar que o entendimento da 1ª Câmara Criminal desta Corte era, efetivamente, no sentido de que a reincidência, como preponderante, deveria prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo admissível a compensação.

Entretanto, a partir do julgamento dos embargos infringentes 1.154.752-RS, de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012, a matéria foi submetida a apreciação da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prevalecendo o entendimento de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, conforme verifica-se da ementa do julgado:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes. 2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. 3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local."* (EREsp. 1154752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, em 23.05.2012, DJe 04.09.2012).

Logo, de rigor a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Pronunciamentos finais

Em conformidade com as razões alhures destacadas, tenho como parcialmente procedente o recurso apenas para reduzir a pena-base mediante o afastamento da valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, esta em relação ao crime de estupro, bem como para efetuar a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Procedo, portanto, com a retificação da dosimetria.

Pois bem.

a) Do delito de roubo majorado pela grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo

Afastada a fundamentação utilizada para considerar desabonadoras as circunstâncias do crime, e mantidos os demais elementos sopesados pelo juízo *a quo*, especialmente a valoração negativa da personalidade do agente, *fixo a pena-base, em atenção aos critérios definidos no art. 59 do Código Penal, no patamar de 04 anos e 06 meses de reclusão e 30 dias-multa*.

Efetuada compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda não sofrerá alteração nesta fase, *restando em 04 anos e 06 meses de reclusão e 30 dias-multa*.

Incidindo a causa de aumento no inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, que restou aplicada em 1/3, *fixo a reprimenda em 06 (seis) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa*, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

b) Do delito de estupro

Afastada a fundamentação utilizada para considerar desabonadoras as consequências e circunstâncias do crime, e mantidos os demais elementos sopesados pelo juízo *a quo*, especialmente a valoração negativa da personalidade do agente, *fixo a pena-base, em atenção aos critérios definidos no art. 59 do Código Penal, no patamar de 06 anos e 04 meses de reclusão*.

Efetuada compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda não sofrerá alteração nesta fase, *restando em 06 anos e 04 meses de reclusão*.

Inexistindo causas de aumento ou de diminuição a serem sopesadas, *fixo a pena nos moldes acima, ou seja, em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*.

c) Do concurso material

Diante da aplicação do critério do concurso material (art. 69 do Código Penal), fixo a pena, definitivamente, em 12 (doze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 30 dias-multa.

Impossível efetuar a substituição ou aplicar a suspensão condicional da pena, eis que restam desatendidos os requisitos legais.

Ainda que considerada a detração (consoante estabelece o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal), o regime prisional é o inicial fechado, na forma do art. 33, § 2º, *a*, e § 3, do Código Penal.

Conclusão

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 o exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Robson Vander Lan para afastar a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, esta em relação ao crime de estupro, bem como para efetuar a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena ao final para o montante de 12 anos e 04 meses de reclusão e 30 dias-multa.

A Srª Desª Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora).

Robson Vander Lan interpõe recurso de Apelação Criminal inconformado com a sentença de f. 189-204, que o condenou à pena de 16 (dezesseis) anos e 08 (oito) meses e 06 dias de reclusão e 145 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 213 e 157, § 2º, I, c/c 69, todos do Código Penal.

Em suas razões recursais oferecidas às f. 217-228, postula pela absolvição do crime de roubo majorado, em razão da atipicidade; fixação da pena-base no mínimo legal, e; compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O ilustre relator deu parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, em relação ao crime de estupro e para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena ao final para o montante de 12 anos de reclusão e 30 dias-multa.

Entretanto, peço vênia ao ilustre Relator para apresentar voto divergente quanto ao pedido de compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

Passo a justificar a divergência.

O Apelante insurge-se contra a sentença, pelo fato de ter o Magistrado considerado, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea.

O Juiz, quando da segunda fase de dosimetria da pena, ante a presença da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência, fez preponderar a agravante, por haver duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado, exasperando a pena base do crime de estupro em 11 (onze) meses e 7 (sete) dias e majorando a pena base do crime de roubo em 8 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além de acrescer 12 dias-multa.

Nesse ponto não assiste razão ao apelante e querer a reforma da sentença.

A jurisprudência entende que estas duas circunstâncias legais são igualmente preponderantes, podendo assim em tese ser feita a pretendida compensação, como pleiteia o recorrente.

Assim foi decidido por esta 1ª Câmara Criminal, na Apelação Criminal 0062417-93.2011.8.12.0001, da relatoria do Des. Francisco Gerardo de Sousa, julgado à unanimidade em 26.11.2012, que *"... A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea ..."*, por serem igualmente preponderantes.

Tal entendimento também é o da Terceira Seção do STJ que, representando as duas Turmas Criminais do STJ, no EREsp. n. 1154752/RS decidiu ser possível a compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nesses termos:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.*
>
> *1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.*
>
> ***2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.***
>
> *3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local."*
>
> (EREsp. 1154752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23.05.2012, DJe 04.09.2012).

Acompanho esse entendimento, porém, mesmo que essa possibilidade de compensação exista em tese, para haver equivalência entre as circunstâncias se exigirá no caso concreto, ponderação para saber se tal compensação deve ser feita em termos estritamente idênticos. Entendo que para tal se demanda idêntica intensidade e relevância das duas circunstâncias, para que possam ser ponderadas no mesmo patamar, compensando-se. Com efeito, não tem sentido que uma lista relevante de muitas condenações transitadas seja compensada integralmente pela confissão, podendo haver uma ponderação de grau de compensação que não redunde em compensação absolutamente igualitária.

Neste particular cabe transcrever o trecho da conclusão apresentada pelo Magistrado Dr. Deyvis Ecco, que bem examinou o concurso entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, conferindo a adequada solução (f. 198 e f. 200):

> *"**3.1 Em relação ao crime de estupro.***
>
> *(...).*
>
> *Na segunda fase, encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.*
>
> *Contudo, restou caracterizada a agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, já que o acusado possui duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado e condição de gerar reincidência (fls. 47, 144 e 154).*

> *Nesse contexto, afigura-se presente o concurso de atenuantes e agravantes, devendo prevalecer a circunstância agravante da reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.*
>
> ***Assim, agravo a pena-base já fixada, em patamar menor em virtude da confissão,*** *quedando-se uma pena intermediária de 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de reclusão.*
>
> *(...).*
>
> ***3.2 Em relação ao crime de roubo majorado.***
>
> *(...).*
>
> *Na segunda fase, encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.*
>
> *Contudo, restou caracterizada a agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, já que o condenado possui duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado (fls. 47, 144 e 154).*
>
> *Nesse contexto, afigura-se presente o concurso de atenuantes e agravantes, devendo prevalecer a circunstância agravante da reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.*
>
> ***Assim, agravo a pena-base já fixada, em patamar menor por conta da confissão,*** *quedando-se uma pena intermediária de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 109 (cento e nove) dias-multa. (...)."*

Na hipótese dos autos, não deve ser reconhecida a compensação igualitária entre a atenuante e a agravante, posto que a reincidência no caso tem maior relevância devido a quantidade de condenações transitadas em julgado, acabando por preponderar na análise das circunstâncias na segunda fase da dosimetria, nos termos do art. 67 do Código Penal. Presentes ambas, atenuante e agravante, mas sendo esta mais intensa, a pena é agravada, porém com menor força.

A agravante da reincidência no caso concreto, acaba por preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, devendo ser dosada de forma que o aumento de pena supere um pouco o de sua redução, sem que haja anulação por completo entre uma e outra.

Vejamos o que dispõe o artigo 67 do Código Penal:

> *"Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deva aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência."*

Nesse sentido é o entendimento do recente julgado do STF:

> *"PENAL. DOSIMETRIA. CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. ART. 67, CP. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA.*
>
> *A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes. Ordem denegada."*
>
> (*HC* 96061, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 19.3.2013, DJ-060 de 3.4.2013).

Dessa forma, no confronto entre agravantes e atenuantes, deverá prevalecer a agravante da reincidência, uma vez que o apelante conta com duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado (f. 47, 144 e 154), o que deve preponderar sobre a confissão espontânea que é uma atenuante simples, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal.

Assim sendo, a pena deve ser redimensionada. Acompanho o Relator quanto à fixação das penas base fixadas (4 anos e 6 meses de reclusão pelo roubo + 6 anos e 4 meses de reclusão pelo estupro) mas divirjo na etapa seguinte, entendendo que nesta fase da dosimetria, devem ser acrescidos à pena base mais 3 meses de reclusão para cada delito, em virtude da compensação parcial não igualitária entre reincidência e confissão.

No mais acompanho o voto do Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DE PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. LUIZ GONZAGA), APÓS O RELATOR (DES. GERARDO) E A REVISORA (DESª MARIA ISABEL) PROVEREM PARCIALMENTE O RECURSO.

VOTO (EM 10.6.2013)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal).

Robson Vander Lan foi condenado à pena de 16 anos, 08 meses e 06 dias de reclusão e 145 dias-multa, no regime fechado, por infração aos arts. 157, § 2º, I e 213, c.c. 69, do Código Penal.

O Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa dá parcial provimento ao recurso do apelante apenas para afastar a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime e efetuar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, reduzindo as penas dos crimes de roubo e estupro.

Divirjo do Relator para negar provimento ao recurso.

Com relação à dosimetria das penas, verifica-se que as penas-bases dos crimes de estupro e roubo foram fixadas acima do mínimo legal, pelos seguintes motivos, *in verbis* (fls. 197-201):

> *"'3.1 Em relação ao crime de estupro.*
>
> *Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que: a, seja, o grau de reprovabilidade da conduta do acusado, não deve lhe prejudicar, porquanto foi comum para este tipo de delito; os antecedentes prejudicam o réu, porquanto possui sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, todavia tal fato somente será levado em consideração na segunda fase da fixação da pena, a fim de se evitar o bis in idem; não há suficientes nos autos para se definir a conduta social acusado; o réu possui um desvirtuamento atípico de sua* ***personalidade****, voltado para a prática de infrações penais, o que pode ser observado não apenas diante da reincidência, mas também pelos vinte e cinco fatos descritos no relatório de fls. 21/39, elaborado com a indicação e informações prestadas pelo próprio acusado, que inclusive levou os policiais até o local dos fatos, indicando a forma de atuação e as circunstâncias de cada caso, confessando, ainda, a prática de inúmeros delitos de estupro, roubo e furto; os motivos para a prática da infração penal não devem lhe prejudicar, já que comuns para esse tipo de delito; as* ***circunstâncias****devem lhe prejudicar, porquanto praticou o crime em questão em local ermo,*

abordando vítima mulher sozinha, logo nas primeiras horas da manhã, ainda durante período noturno segundo o critério cronológico; as ***conseqüências*** *crime lhe prejudicam diante do trauma psicológico gerado na vítima, que somente conseguiu se recompor após a prática da conduta delitiva após tratamento psicológico, estando ainda transtornada após mais de um ano da ocorrência do crime (fls. 166); o comportamento da vítima nada influenciou na prática do crime.*

Assim sendo, na primeira fase, ***fixo a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.***

Na segunda fase, encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Contudo, restou caracterizada a agravante da ***reincidência****, prevista no art. 61, I, do Código Penal, já que o acusado possui duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado e condição de gerar reincidência (fls. 47, 144 e 154).*

Nesse contexto, afigura-se presente o concurso de atenuantes e agravantes, ***devendo prevalecer a circunstância agravante da reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.***

Assim, agravo a pena-base já fixada, em patamar menor em virtude da confissão, ***quedando-se uma pena intermediária de 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de reclusão.***

Inexistem majorantes ou minorantes a serem levadas em consideração, motivo pelo qual fixo a pena definitiva em ***8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de reclusão.***

3.2 Em relação ao crime de roubo majorado.

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que: a **,** *seja, o grau de reprovabilidade da conduta do réu, não deve lhe prejudicar, porquanto foi comum para este tipo de delito; os antecedentes prejudicam o acusado, porquanto possui sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, todavia tal fato somente será levado em consideração na segunda fase da fixação da pena, a fim de se evitar o bis in idem; não há suficientes nos autos para se definir a conduta social acusado; o réu possui um desvirtuamento atípico de sua* ***personalidade****, voltado para a prática de infrações penais, o que pode ser observado não apenas diante da reincidência, mas também pelos vinte e cinco fatos descritos no relatório de fls. 21/39, elaborado com a indicação e informações prestadas pelo próprio acusado, que inclusive levou os policiais até o local dos fatos, indicando a forma de atuação e as circunstâncias de cada caso, confessando, ainda, a prática de inúmeros delitos de estupro, roubo e furto; os motivos para a prática da infração penal não devem lhe prejudicar, porquanto comuns para esse tipo de delito; as* ***circunstâncias*** *devem lhe prejudicar, porquanto praticou o crime em questão em local ermo, abordando vítima mulher sozinha, no período noturno, a fim de se beneficiar da escuridão para empreender fuga e dificultar o reconhecimento; as conseqüências do crime não lhe prejudicam, já que resultou em abalo econômico de pouca monta para a vítima; o comportamento da vítima nada influenciou na prática do crime.*

Assim sendo, na primeira fase, ***fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa.***

Na segunda fase, encontra-se presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Contudo, restou caracterizada a agravante da ***reincidência****, prevista no art. 61, I, do Código Penal, já que o condenado possui duas sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado (fls. 47, 144 e 154).*

Nesse contexto, afigura-se presente o concurso de atenuantes e agravantes, devendo ***prevalecer a circunstância agravante da reincidência,*** *nos termos do art. 67 do Código Penal.*

Assim, agravo a pena-base já fixada, em patamar menor por conta da confissão, ***quedando-se uma pena intermediária de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 109 (cento e nove) dias-multa.***

Já na terceira fase do cálculo da pena, constata-se a presença de uma causa de aumento de pena, qual seja, o emprego de arma, prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Por tal razão, aumento a pena já fixada em 1/3 (um terço), quedando-se uma ***pena definitiva de 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão e 145 (cento e quarenta e cinco) dias-multa.***

(...).'

Depreende-se que o apelante possui como circunstâncias judiciais negativas a personalidade e circunstâncias (roubo) e além destas, as consequências do crime para o crime de estupro, todas fundamentadas de forma concreta, pois extrapolaram os limites do próprio tipo penal.

Como se sabe, o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime. Assim, não há reparo a ser feito.

Nesse sentido:

Quanto à personalidade, devem ser lembradas as qualidades morais do agente, a sua boa ou a má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento, também não devendo ser desprezadas as oportunidades que teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

Evidenciando-se que ***as conseqüências do crime*** *(marcas deixadas no corpo da vítima pelas agressões que sofrera)* ***vão além do tipo penal sob enfoque (homicídio), ela se mostra apta a ser valorada negativamente no momento da fixação da pena-base do agente."***

(STJ, *HC* 107795/RS, Rel. Ministro O.G. FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 16.12.2008, DJe 02.03.2009).

"A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito."

(STJ, *HC* 50331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17.05.2007, DJ 06.08.2007 p. 550).

"Mantém-se a dosimetria apresentada na sentença se a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em fundamentação idônea e suficiente."

(TJMS, Segunda Turma Criminal, Apelação Criminal - N. 2011.008456-7, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, J. 4.7.2011).

"Não se reconhece ilegalidade na exasperação realizada na pena-base quando há circunstância judicial desfavorável, devidamente sopesada pelo juízo a quo. Ademais, satisfeito tanto o caráter preventivo quanto o repressivo da conduta delitiva, não há que operar qualquer redução na reprimenda*. (...)."*

(TJMS, Segunda Turma Criminal, Apelação Criminal - N. 2011.015320-2, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, J. 27.6.2011).

"Na dosimetria da pena, havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há falar em fixação da pena-base no mínimo legal."

(Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.024137-0 - Relator Designado Des. Manoel Mendes Carli - Segunda Turma Criminal - J. 17.11.2011).

"Permanece inalterada a dosimetria da pena confeccionada com bom senso pelo julgador singular."

(Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.027442-7 – Rel. Des. Manoel Mendes Carli - Segunda Turma Criminal – J. 7.11.2011).

"Por fim, entendo que nos termos do art. 67 do Código Penal, em concurso de atenuantes e agravantes, a reincidência prepondera sobre a confissão espontânea, não podendo a atenuante gerar a diminuição da pena ou a compensação com aquela, conforme fixado pelo magistrado na sentença (fls. 166-168).

Nesse sentido, colhe-se do STF:

HABEAS CORPUS. PENA. FIXAÇÃO. ***Concurso de atenuante e*** *agravante.* ***Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Ausência de ilegalidade.*** *O tribunal de origem, ao reformar a sentença de primeira instância, elevou a pena acima do mínimo legal a vista do que dispõe o artigo 67 do Código Penal. Inexistência de ilegalidade. Habeas corpus indeferido."*

(STF, *HC* 71094/SP. Rel. Min. Francisco Rezek. Segunda Turma. DJ 04.08.1995. Pág. 22.442).

"HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. ***PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA. (…)*** ***4.*** *Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao* ***concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro "ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa"****. 5.* ***Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena****. Nestes termos, 'H.C.' n. 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95. 6. 'Habeas Corpus' denegado."*

(STF, '*H.C.*' 99.446, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18.08.2009, DJe-171 DIVULG. 10.09.2009. PUBLIC. 11.09.2009).

"RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI 10.826/2003). DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DEVE PREPONDERAR SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. ***A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente (art. 67 do Código Penal), hipóteses em que não se enquadra a atenuante da confissão espontânea.*** *Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento."*

(STF, R*HC* 102957, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 27.04.2010, DJe-086 DIVULG. 13.05.2010, PUBLIC. 14.05.2010).

"'HABEAS CORPUS'. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ***ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE.*** *PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes.* ***3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.*** *4. Ordem denegada."*

(STF, 102486, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06.04.2010, DJe-091 DIVULG. 20.05.2010, PUBLIC. 21.05.2010).

"No mesmo sentido, extrai-se do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVO IMPROVIDO. ***1. O entendimento firmado pela Quinta Turma deste Tribunal é no sentido de que a agravante da reincidência deve ser considerada como circunstância preponderante, atendendo ao disposto no art. 67 do Código Penal, quando em concurso com a atenuante da confissão espontânea. 2. Agravo regimental improvido."*** (AgRg no REsp. 1042712/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11.12.2008, DJe 02.02.2009).

A circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CPB. Precedentes do STJ.

(HC 85.975/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04.09.2008, DJe 22.09.2008).

PROCESSUAL PENAL. PENA. FIXAÇÃO. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE (CONFISSÃO) COM AGRAVANTE (REINCIDÊNCIA). PREPONDERÂNCIA DA SEGUNDA. O paciente foi preso em flagrante, (fato externo) portando substância entorpecente. Nestas condições, ***sua confissão afigura-se de pouca ou nenhuma valia,***

> ***porque a reincidência é circunstância preponderante, nos termos do art. 67, do Código Penal, prevalecendo sobre aquela causa atenuante, não podendo, portanto, engendrar diminuição da*** *pena****, ou mesmo compensação****."*
>
> (STJ, *Habeas Corpus* n. 9.589 – MG, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23.08.1999, pág. 153).

Diante do exposto, com o parecer e contra o relator, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, EM PARTE CONTRA O PARECER, PROVERAM PARCIALMENTE O RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DA REVISORA (VOTO INTERMEDIÁRIO).

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 10 de junho de 2013.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0017980-98.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Designada Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – ACOLHIDA EM PARTE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL SOPESADAS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO – NÃO ACOLHIDA – ART. 33, § 2,º, *B*, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO IMPROVIDO.

I – Não há que se falar em absolvição quando presente nos autos provas suficientes a embasar o édito condenatório.

II – O crime praticado em concurso de agentes em elevado número, (05) autoriza o aumento da reprimenda acima do mínimo legal.

III – Com relação às consequências do delito, só devem agravar a pena-base quando não sejam inerentes ao próprio tipo penal, sob pena de *bis in idem*.

IV – Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio, e isso justamente ocorreu no caso presente, em que o prejuízo foi elevado, pois se trata da quantia de mais de R$ 18.000,00.

V – O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do artigo 33 c.c. 59 do CP) (STJ, REsp. n. 467211/AC).

VI – A exasperação da pena acima do mínimo de 1/3, na terceira fase da dosimetria, não se deu com base unicamente no número de majorantes, tendo o Juiz de primeiro grau destacado a maior intensidade das causas de aumento, com menção do número de agentes e a utilização de arma de fogo, circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da Súmula n. 443/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, improver o apelo, nos termos do voto da Revisora, vencido o Relator.

Campo Grande, MS, 1º de julho de 2013.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora Designada.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta por Júlio Espíndola Silvestre, contra a sentença proferida pela Juíza da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (fls. 144 – 148 v.), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Dos autos consta que no dia 18 de dezembro de 2009, por volta das 15 horas, no estabelecimento comercial Pastel D'ouro, localizado à Rua Assis Chateaubriant, n. 96, Cabreúva, nesta Capital, o apelante, juntamente com mais 04 (quatro) comparsas não reconhecidos, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, renderam a vítima Renato Grecchi Junior (proprietário do estabelecimento) e subtraíram aparelhos celulares, uma aliança de ouro, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) do escritório da vítima em espécie e mais R$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais) de Sebastião Inácio de Souza (amigo de Renato) que se encontrava no escritório de Renato.

Em razões de apelação (fls. 186 – 191 v.), Júlio Espíndola Silvestre pugna a absolvição. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação de regime inicial aberto. Ao final, prequestiona o art. 59 do Código Penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarazões (fls. 196 – 206), pugna o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 213 – 222), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Júlio Espíndola Silvestre, contra a sentença proferida pela Juíza da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (fls. 144 – 148 v.), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Dos autos consta que no dia 18 de dezembro de 2009, por volta das 15 horas, no estabelecimento comercial Pastel D'ouro, localizado à Rua Assis Chateaubriant, n. 96, Cabreúva, nesta Capital, o apelante, juntamente com mais 04 (quatro) comparsas não reconhecidos, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, renderam a vítima Renato Grecchi Junior (proprietário do estabelecimento) e subtraíram aparelhos celulares, uma aliança de ouro, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) do escritório da vítima em espécie e mais R$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais) de Sebastião Inácio de Souza (amigo de Renato) que se encontrava no escritório de Renato.

Em razões de apelação (fls. 186 – 191 v.), Júlio Espíndola Silvestre pugna a absolvição. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação de regime inicial aberto. Ao final, prequestiona o art. 59 do Código Penal.

Passo à análise do recurso.

O apelante pugna a absolvição por insuficiência de provas.

Razão não lhe assiste.

A materialidade delitiva restou consubstanciada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 09 – 10) e Auto de Reconhecimento Pessoal (fls. 12, 14 e 15).

A autoria também é certa e recai sobre o apelante.

É que, embora o apelante tenha negado a autoria delitiva em ambas as fases processuais, as vítimas confirmaram a ocorrência da subtração, da grave ameaça e reconheceram o réu como um dos autores do delito, vejamos:

> *"(...) QUE, confirma o noticiado no Boletim de Ocorrência n. 21391/DEPAC, ocasião em que cerca de quatro homens entraram no local, dois deles armados com revólveres e praticaram o roubo, subtraindo os valores o objetos já relacionados na notícia crime; QUE, esclarece ainda que os autores não se utilizaram de nenhum artifício para esconder o rosto, praticaram o roubo "de cara limpa", motivo pelo qual o declarante tem condições de reconhecer ao menos dois dos autores do roubo, mais precisamente os que estavam armados com revólveres; QUE, esclarece ainda que um de seus funcionários, passado alguns dias, assistiu reportagem na televisão mostrando a imagem de autores de roubo, sendo que reconheceu um daqueles homens que aparecia na imagem, como um dos autores do roubo no comércio do declarante, ciente disso, procurou esta Delegacia Especializada aonde lhe foi exibida inicialmente fotografia de pessoas presas na celas da DERF, tendo reconhecido o preso JÚLIO ESPINDOLA SILVESTRE como um dos autores do roubo, tendo sido convidado em seguida, a realizar reconhecimento pessoal em sala própria; (...)"* (Renato Grecchi, fl. 11).

> *"(...) QUE, o declarante é amigo do Sr. Renato Grecchi Junior e no dia 18/12/2009 por volta das 15h00min estava no comércio do coleta, "Pastelaria D'Ouro Ltda"; QUE, com Renato, estavam no escritório, ocasião em que no recinto surgiram dois homens armados com revólver e anunciaram o roubo; QUE, aqueles homens que entraram no escritório não escondiam o rosto, mediante ameaça com arma de fogo, aqueles dois pegaram todo o dinheiro que estava no cofre e em cima da mesa; QUE, do declarante foi roubado sua carteira com todos os documentos pessoais, R$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais); QUE, após conseguirem o que queriam, aqueles dois homens fugiram do escritório, passado algum tempo, o declarante e RENATO saíram do escritório e foram para a frente do comércio, ocasião em que foram informados pelos funcionários, que havia outros três homens armados que os renderam na frente; QUE, o declarante tem condições de reconhecer aqueles homens que entraram no escritório e que roubou o declarante e também subtraíram dinheiro do cofre. (...)."* (Sebastião Inácio de Souza, fl. 16).

Em juízo, Renato Grecchi Junior relatou:

> *"(...) JUÍZA: Então, a pessoa que o senhor reconheceu na delegacia o senhor viu lá embaixo, e estava junto com a pessoa que subiu com o senhor?*
>
> *DEPOENTE: Estavam, então foram 05 que estavam na empresa e depois saíram correndo e tal.*
>
> *JUÍZA: Essa pessoa que o senhor guardou a fisionomia que reconheceu o senhor se recorda se ele estava armado quando o senhor o viu ou o senhor não tem condição de dizer?*

DEPOENTE: Olha eu não tenho condição se eu afirmar que estava eu, eu acho que eu vou estar cometendo um equívoco que ele estava participando ele estava, isso eu tenho certeza.

JUÍZA: Então seria importante para o senhor é visse o réu o réu na sala de reconhecimento é uma sala especial que o senhor pode ver a pessoa e ele não vai conseguir vê o senhor, então eu convido o senhor ir até lá e olhar a fisionomia do réu e o senhor retorna eu retorno a gravação e o senhor vai dizer se essa pessoa que o senhor reconheceu na delegacia que o senhor viu no dia dos fatos tá?

DEPOENTE: Sem problemas.

JUÍZA: Pode suspender Senhor Renato o senhor viu o réu na sala de reconhecimento, e ele é uma das pessoas que praticaram o assalto?

DEPOENTE: É.

JUÍZA: O senhor não tem dúvidas?

DEPOENTE: Não, que estava no, no dia lá." (fls. 96 – 97).

Tem-se, ainda, o depoimento testemunhal:

"(...) QUE, a declarante é funcionária do estabelecimento comercial denominado "Pastelaria D'ouro Ltda." situdada na Rua Assis chateaubriand n. 96 no Bairro Cabreúva, exercendo a função de secretária; QUE, no dia do roubo noticiado no Boletim de Ocorrência n. 21391/2009/DEPAC, a declarante estava na recepção, logo na entrada do comércio, quando por volta das 15h00h do dia 18/12/2009, entraram abruptamente cinco homens, todos armados com revólveres, nenhum deles escondeu o rosto, "de cara limpa", renderam a declarante, outro funcionário THIAGO, e, em seguida, o patrão Sr. RENATO e o amigo SEBASTIÃO; QUE, afirma a declarante que não sofreu violência física, apenas psicológica ao ver tantos homens armados; QUE, da declarante foi roubado 01 (um) aparelho de telefone celular, marca Sansung, habilitado para operadora CLARO, para o número 9242-4188, objeto que adquiriu pela importância de R$ 100,00 (cem reais); QUE, os autores do roubo permaneceram no local por cerca de cinco minutos; QUE, os autores roubaram dinheiro do comércio, valores que seu patrão RENATO informou no boletim de ocorrência; QUE, a declarante tem condições de reconher ao menos três dos cinco homens que praticaram o roubo; QUE, esclarece ainda qeu em momento algum aqueles homens determinaram que não olhassem para eles, ou seja, eles não estavam preocupados em serem reconhecidos posteriormente; (...)." (Kizy Baes Athayde, fl. 13).

"(...) MP: E a senhora chegou a fazer o reconhecimento lá na delegacia?

DEPOENTE: Sim.

MP: Do acusado?

DEPOENTE: Sim.

MP: A senhor tem condições hoje de reconhecê-lo?

DEPOENTE: Tenho, com tanto que ele não veja minha fisionomia, eu tenho.

(...).

JUÍZA: Eu vou pedir para senhora ir até a sala de reconhecimento olhar o réu, e me dizer se é uma das pessoa que praticaram o assalto, tá? Pode suspender. A senhora viu o réu (...).

DEPOENTE: Vi.

JUÍZA: É a mesma pessoa que praticou o assalto?

DEPOENTE: É o mesmo.

JUÍZA: Ele é um dos que estavam armados?

DEPOENTE: É, um dos, aham." (Kizy Baes Athayde, fls. 98 – 99).

Desta forma, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, já que o apelante foi reconhecido veementemente pelas vítimas.

Subsidiariamente, o apelante requer a redução da pena-base no mínimo legal e a fixação de regime inicial semiaberto.

Pois bem. A magistrada sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal diante dos seguintes fundamentos:

*"(...) A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se normal à espécie, nada tendo a valorar; os **antecedentes** são péssimos, visto que o apenado possui duas condenações definitivas, (f. 123;132); não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo, qual seja, o lucro fácil em detrimento do patrimônio e integridade física/ psíquica das vítimas, não cabendo valoração negativa; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o apenado de qualquer forma, tendo em vista que foi praticado em concurso de agentes, sendo que realizado por cinco ou seis pessoas, o que demonstra maior reprovabilidade de sua conduta e vulnerabilidade das vítimas, esclarecendo que tal circunstância será sopesada nesta fase, ante o concurso de majorantes; as **consequências** são graves, vez que não foram recuperados os bens subtraídos, cuidando-se uma das vítimas de pequeno comercial, gerando enorme prejuízo; as **vítimas** não contribuíram para a prática do delito.*

*Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no art. 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa. (...)."*

Como se vê, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes, circunstâncias e consequências do delito e, por esta razão fixou a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.

O apelante possui antecedentes criminais, já que constam nos autos mais de um processo com sentença condenatória com trânsito em julgado (fls. 118 – 143).

A magistrada sentenciante considerou desfavorável, ainda, as circunstâncias do delito.

Sucede, entretanto, que o entendimento predominante é no sentido de que não é possível a utilização de causas de aumento de pena para exasperação da pena na primeira fase da dosimetria penal.

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos de *Habeas Corpus* n. 213.561 - DF (2011/0165884-9), de relatoria do Ministra Laurita Vaz, cujo trecho do voto faço questão de colacionar, *verbis*:

> *"(...) Contudo, tal entendimento, a meu ver, não se coaduna com a inteligência da Súmula n. 443 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.*
>
> *Com efeito, a utilização de uma majorante para exasperar a pena-base, na primeira fase de aplicação da reprimenda, e outra como causa de aumento, na terceira fase, produziria na pena definitiva um acréscimo desproporcional, maior do que aquele causado pela utilização do critério objetivo, com a aplicação das duas majorantes na terceira etapa da dosimetria, prejudicando ainda mais o condenado.*
>
> *(...).*
>
> *Nesse ponto, cumpre esclarecer que as circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal referem-se, como especificado pela doutrina, a elementos acidentais, periféricos que de alguma forma possam influir para agravar ou reduzir a reprimenda. Já as majorantes descritas nos incisos do § 2º do art. 157 do Código Penal são causas de aumento de pena, e não qualificadoras, que promovem um acréscimo na pena prevista para o tipo básico, estabelecido em valores fixos ou em certos limites quantitativos.*
>
> *Ressalte-se que a presença de causas de aumento no roubo – indevida e comumente chamadas de qualificadoras – não formam delito autônomo. Não existe, na verdade, roubo qualificado, mas sim, roubo circunstanciado. Nele, o aumento decorrente das causas de aumento não interfere na fixação da pena-base, cujos parâmetros mínimo e máximo são os mesmos da modalidade simples, mas incidirá tão-somente na terceira fase da dosimetria da pena, na fração mínima de 1/3 (um terço) à máxima de 1/2 (metade). (...)."*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiterado esse entendimento, *verbis*:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E MOTIVOS. ELEMENTARES DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS. UTILIZAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PREJUÍZO INEXISTENTE. [...] 2. O agravamento da pena-base do crime de roubo pela utilização de uma causa de aumento como circunstância judicial negativa desrespeita, por via oblíqua, o comando da Súmula 443/STJ, ainda que o acréscimo na reprimenda, na terceira fase da dosimetria, se dê em razão de outra majorante. 3. As circunstâncias inerentes à prática do roubo, previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal, constituem causas de aumento de pena, e não qualificadoras. Sendo assim, a majoração da pena pela sua existência deve ocorrer na terceira fase da dosimetria, conforme comando expresso do art. 68 do mesmo Códex. [...] 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem parcialmente concedida a fim de reduzir as penas de Anderson César Vinhal de Moraes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa e de Edivaldo Feitosa Vás para 5 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos, em relação a ambos, os regimes iniciais de cumprimento e o valor do dia-multa fixados pelas instâncias ordinárias."* (*HC* 132.013/DF, Sexta Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10.10.2011.)

Inadmissível, portanto, pelos motivos expostos, a majoração da pena-base, em razão do emprego de arma de fogo, já que tal circunstância configura, no caso, causa de aumento de pena.

Por fim, por consequências do crime, entendem-se os efeitos da conduta do agente. Devem ser aferidos o maior ou o menor dano causado pelo modo de agir, seja em relação à coletividade, seja em relação à vítima ou aos seus familiares. Busca-se analisar o alarme social do fato, bem como sua maior ou menor repercussão e efeitos.

> Segundo as lições de Ricardo Augusto Schmitt, *"normalmente os tipos penais já possuem uma consequência que se encontra implícita, seja a morte no homicídio, a subtração de coisa alheia móvel no furto, a existência de ferimentos nas lesões corporais. A par disso, na circunstância em tela, devemos sempre buscar algo que não seja inerente ao próprio tipo penal, sob pena de incorrermos em bis in idem."* (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 105).

In casu, as consequências do crime são próprias do tipo, uma vez o prejuízo sofrido pela vítima consiste no resultado previsto à ação, nada tendo a se valorar, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Assim, tendo em vista a existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, há a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal, aplicada no mínimo legal de 1/3 (um terço), resultando, definitivamente, em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Por fim, vislumbro que o apelante deve iniciar o cumprimento de sua reprimenda no regime fechado.

É que, muito embora a quantidade da pena aplicada autorize o regime semiaberto, *"(...) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (parágrafo 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (parágrafo 3.º do artigo 33 c/c 59 do CP) (...)."* (STJ, REsp. n. 467.211/AC).

In casu, tratando-se de réu reincidente, a fixação de regime incial fechado é medida que se impõe.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para afastar das circunstâncias judiciais as circunstâncias e consequências do delito, tornando a pena definitiva em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial fechado.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora).

Júlio Espíndola Silvestre foi condenado à pena de 07 anos e 04 meses de reclusão, e ao pagamento de 106 dias multa, pelo cometimento do crime de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo e concurso de agentes (art 157, § 2º, I e II do Código Penal), no regime inicial fechado.

Inconformado, recorreu a este Tribunal pleiteando sua absolvição por falta de provas e, alternativamente, a redução da pena base ao mínimo legal e a fixação do regime inicial aberto.

O ilustre relator mantém a condenação do apelante e dá parcial provimento apenas para retirar da 1ª fase da dosimetria da pena a circunstância do concurso de agentes e as consequências do crime.

Concordo com o ilustre relator para manter a condenação de Júlio, entretanto divirjo no que tange à retirada da consequência do crime e do concurso de agentes do crime.

O magistrado sentenciante às f. 146-148, ao condenar o apelante, e dosar-lhe a pena, assim o fez:

> *"(...) Por conseguinte, comprovada a ação típica, em sua materialidade e autoria, bem como improcedente a alegação da defesa, **a condenação resta imperiosa, no que se refere à imputação do crime de roubo majorado pela utilização de arma e pelo concurso de agentes.***
>
> ***D o s i m e t r i a d a P e n a.***
>
> *Passo a dosar a pena a ser aplicada em estrita observância do que dispõe os artigos 59 e 68 do Código Penal.*
>
> *A **culpabilidade,** como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se normal à espécie, nada tendo a valorar; os **antecedentes** são péssimos, visto que o apenado possui duas condenações definitivas, (f. 123;132); não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo, qual seja, o lucro fácil em detrimento do patrimônio e integridade física/psíquica das vítimas, não cabendo valoração negativa; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o apenado de qualquer forma, tendo em vista que **foi praticado em concurso de agentes, sendo que realizado por cinco ou seis pessoas, o que demonstra maior reprovabilidade de sua conduta e vulnerabilidade das vítimas,** esclarecendo que **tal circunstância será sopesada nesta fase,** ante o concurso de majorantes; **as consequências são graves, vez que não foram recuperados os bens subtraídos, cuidando-se uma das vítimas de pequeno comercial, gerando enorme prejuízo;** as **vítimas** não contribuíram para a prática do delito.*
>
> *Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.*
>
> *Inexistem circunstâncias **atenuantes ou agravantes** a ser consideradas.*
>
> ***Incide a causa de aumento de pena prevista no art. 157 § 2º, inciso II, do Código Penal**, razão pela qual aumento a pena em 1/3, ou seja, em 01 (um) ano, 10 (dez) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, restando provisória em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa.*
>
> *Não há **causas de diminuição** de pena.*
>
> *Considerando a situação econômica do apenado, que não se mostra boa, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.*
>
> *Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa**.*
>
> ***D i s p o s i t i v o.***
>
> *Posto isto, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão punitiva estatal para condenar **Júlio Espindola Silvestre**, qualificado, à pena **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de***

> ***reclusão e 106 (cento e seis) dias-multa**, a razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.*
>
> *Deverá o condenado cumprir a pena corporal inicialmente em regime **fechado**, ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis e em especial aos seus maus antecedentes (CP, art. 33, § 3º) (...)".*

Primeiramente saliento que magistrado *a quo* na parte dispositiva da sentença supratranscrita consigna que condenava o apelante pelo crime de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo (inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal) e pelo concurso de agentes (inciso II do §2º do art. 157 do Código Penal).

O Juiz bem esclarece que o concurso de agentes, (inciso II do §2º do Art. 157 do Código Penal) seria considerado apenas na 1ª fase da dosimetria, deixando claro que o uso de arma de fogo (previsto no inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal) seria considerado no momento oportuno, qual seja, a 3ª fase da fixação da pena.

Entretanto, na 3ª fase da dosimetria o magistrado elevou a pena do recorrente consignando que o fazia em razão do inciso II do §2º do art. 157 do Código Penal (concurso de agentes), deixando transparecer que pudesse tratar-se de *bis in idem. E*ntretanto, analisando bem, não ocorreu tal *bis in idem.*

É que, embora não tenha havido embargos de declaração visando sanar esse aparente *bis in idem*, é possível concluir-se da simples leitura da sentença, através de sua parte dispositiva e da 1ª fase da pena, que houve mero erro de grafia de menor relevância e passível de ser sanado de ofício. Com efeito, fica claro da redação da sentença que esta considerou serem duas as causas de aumento, e , quando da redação da fundamentação na 3ª fase da dosimetria, ocorreu claro erro material passível de ser sanado de ofício, pois, quando o juiz se referiu ao inciso II do §2º do art. 157 do Código Penal, claramente ali pretendia referir-se à citação do inciso I do mesmo artigo, e assim deve ser entendida e interpretada a fundamentação e decisão da sentença.

Com efeito, vale citar de novo a fundamentação, para se ver que o juiz pensou em duas causas de aumento, e não apenas em uma delas, como fica claro quando ele relata expressamente que ocorria no caso "concurso de majorantes":

> *"(...) as **circunstâncias** em que o crime ocorreu não beneficiam o apenado de qualquer forma, tendo em vista que **foi praticado em concurso de agentes, sendo que realizado por cinco ou seis pessoas, o que demonstra maior reprovabilidade de sua conduta e vulnerabilidade das vítimas,** esclarecendo que **tal circunstância será sopesada nesta fase,** ante o concurso de majorantes".*

Esclarecida tal situação, passo ao mérito da divergência.

Divirjo do ilustre relator para manter como desfavorável a circunstância do concurso de cinco agentes ponderada na 1ª fase da dosimetria, pois o roubo foi praticado por 05 pessoas, todas empunhando armas, fato que eleva sobremaneira o risco sofrido pelas vítimas.

O fato foi relatado pelo juiz para justificar justamente o agravamento da pena, ficando claro que ele considerou mais grave a conduta não apenas por ocorrer concurso de agentes, mas, além disso, tal concurso ocorrer com cinco pessoas, o que com certeza á muito mais grave, pelo temor incutido às vítimas e intensificação do perigo e risco de danos à vida e à saúde imposta a elas.

Então, a circunstância se revestiu no caso de especial intensidade desfavorável, o que justifica ser considerada nessa etapa, paralelamente ao uso de armas considerado na terceira etapa da dosimetria.

Na verdade seriam duas causas de aumento perfeitamente consideráveis em cumulação, sem ofensa à súmula 443 do STJ. Com efeito, ainda que o concurso de agentes em questão fosse tratado na 3ª fase da pena, com concomitância com outras causas de aumento, poderia ocorrer consideração de mais de uma causa para agravar além do agravamento mínimo, desde que justificada a especial reprovação e gravidade da ou das causas de aumento.

A Corte Superior já decidiu como possível o aumento de pena pelas causas de aumento em quantidade acima do mínimo, quando se considerar a gravidade resultando do número de agentes em concurso, sem que isso ofenda a referida súmula. Veja-se a decisão no *HC* n. 222.437/SP, da relatoria da Ministra Marilza Maynard, Quinta Turma, julgado em 21.05.2013, que se amolda exatamente ao caso presente:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBOS MAJORADOS (DUAS VEZES) EM CONCURSO FORMAL E EXTORSÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS E DISTINTAS. AUMENTO DE 1/4 (UM QUARTO) NA SEGUNDA FASE. PATAMAR DE ACRÉSCIMO JUSTIFICADO. MULTIREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE AFASTA A APLICAÇÃO ATENUANTE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. (ERESP N. 961.863/RS).* ***MAJORAÇÃO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) PELA INCIDÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. ACRÉSCIMO QUE NÃO DECORREU UNICAMENTE DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 443/STJ AFASTADA.*** *RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO OU DE CONTINUIDADE DELITIVA. PROVIDÊNCIAS QUE IMPLICAM NO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...).*
>
> *- A incidência da majorante do uso de arma prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo, sobretudo, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas. (EREsp n. 961.863/RS) -* ***A exasperação da pena acima do mínimo de 1/3, na terceira fase da dosimetria, não se deu com base unicamente no número de majorantes, tendo o Juiz de primeiro grau destacado a maior intensidade das causas de aumento, com menção do número de agentes e a utilização de arma de fogo, circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da Súmula n. 443/STJ.***
>
> *(...)".*

No caso presente, o roubo foi cometido com concurso de pessoas e com uso de armas, em situação de gravidade intensa, tal como no acórdão citado, o que justifica considerarem-se sim as duas circunstâncias agravando além do mínimo. No caso presente, o juiz utilizou uma das circunstâncias na primeira etapa e a outra na terceira etapa, o que é possível.

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO MAJORADO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES A ENSEJAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – PENA-BASE – ADEQUADA – CAUSAS DE AUMENTO PERTINENTES AO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*

(...) Incabível a redução da pena-base fixada na sentença, quando as circunstâncias judiciais consideradas negativas não apresentam envergadura fora do normal.

RECURSO MINISTERIAL – CAUSAS DE AUMENTO ATINENTE AO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – PATAMAR MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

As causas de aumento devem ser aplicadas pelo grau de reprovabilidade, e não pela quantidade.

***Reconhecida mais de uma causa de aumento, é perfeitamente cabível aplicar uma delas na primeira fase, nas circunstâncias do crime, e a outra na terceira, a fim de caracterizar a causa de aumento, com a incidência da fração mínima de 1/3 (um terço)**, se as circunstâncias do caso concreto não indicam elementos que ultrapassem o necessário para a sua caracterização.*

(Apelação Criminal - Reclusão - N. 2012.003208-0/0000-00 - Campo Grande, Relator Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 02.04.2012).

*"PENAL. **ROUBO QUALIFICADO. ARMA DE FOGO**. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PROVAS CONTUNDENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUALIFICADORA. NÃO APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. PROVAS DO USO DA ARMA NO CRIME. **QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTE**. PRESCINDÍVEL A IDENTIFICAÇÃO DO COMPARSA. QUALIFICADORA DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. CARACTERIZADA. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL. RECURSO PARCIAMENTE PROVIDO. (...).*

4. Para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal é prescindível a apreensão da arma e a realização de perícia para constatar seu funcionamento, bastando que a efetiva utilização do artefato reste evidenciada por outros elementos de prova. 5. É irrelevante para a configuração da agravante de concurso de pessoas a identificação e/ou captura do comparsa. Precedentes. ***6. Acertada a dosimetria da pena que, presentes três qualificadoras para o crime de roubo, utiliza duas qualificadoras para a análise das circunstâncias judiciais e emprega a terceira para fins de aumento de pena.***

***Precedentes deste TJ, do STJ e do STF**(...)."* (destaques nossos).

(TJDF; Rec. 2010.07.1.036976-5; Ac. 564.426; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos; DJDFTE 14.02.2012; Pág. 291).

*"PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. (...) . ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. REDUÇÃO MÍNIMA DA PENA. **CONCORRÊNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO**.*

*(...) **Ante a concorrência de duas causas de aumento, admite-se que uma seja valorada como circunstância judicial para a exasperação da pena-base, devendo a outra ser considerada na terceira fase da dosimetria da pena.** Precedente deste eg. TJDFT. Recurso conhecido e desprovido."* (destaques nossos).

(TJDF; Rec. 2009.09.1.022855-8; Ac. 557.934; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Esdras Neves; DJDFTE 18.01.2012; Pág. 153).

No que tange ao afastamento das consequências do crime, consigno que, apesar do prejuízo sofrido pelas vítimas ser um resultado naturalístico/exauriente dos crimes patrimoniais, é possível que tal dano causado à vítima possa sim agravar a pena, quando for dano relevante, de valor considerável, sob pena de igualar crime de pequeno prejuízo e crimes de considerável prejuízo, o que redunda em incentivar esse tipo de empreitada criminosa praticada.

Sob esse prisma, constato nos autos que o valor subtraído da vítima, um proprietário de uma loja cujo produto é a venda de pastéis e aufere seu lucro centavo a centavo, perfaz o total de R$: 18.700,00 (dezoito mil e setecentos reais), prejuízo que reputo elevado para esse tipo de comércio.

Sobre a possibilidade do prejuízo da vítima ser considerado na 1ª fase da dosimetria, veja-se decisão do STJ no *HC* n. 187.011/RJ, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12.03.2013:

> *"(...) 'HABEAS CORPUS' IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE. ALEGADA CONEXÃO COM OUTRO PROCESSO. CRIMES CONSIDERADOS INDEPENDENTES. INVIABILIDADE DE REVERSÃO DA REFERIDA CONCLUSÃO. VIA QUE NÃO AUTORIZA REEXAME DE FATOS E PROVAS. REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO. FACULDADE DO JUIZ. ART. 80 DO CPP . 3. MAJORAÇÃO PELO USO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. ERESP N. 961.863/RS. 4. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME CONSIDERADAS NEGATIVAS. INVIABILIDADE. EMPREGO DE ARMA E NÃO RECUPERAÇÃO DE PARTE DA 'RES'. CRIME PATRIMONIAL MAJORADO PELO USO DE ARMA. DADOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. 5. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA. AUMENTO EM 2/5 COM BASE APENAS NO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE 443/STJ. 6. REGIME FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO 719/ STF. 7. 'HABEAS CORPUS' NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA READEQUAR A PENA.*
>
> *(...).*
>
> ***4. Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio. Da mesma forma, tendo o emprego de arma sido sopesado na terceira fase da dosimetria, inadequada a elevação da pena-base diante da referida circunstância.***
>
> *(...)".*

Ante o exposto, com o Parecer, divirjo do relator para manter a pena lançada na íntegra.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Vogal).

De acordo com a Revisora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, improveram o apelo, nos termos do voto da Revisora, vencido o Relator.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

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, MS, 1º de julho de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0005724-97.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS – TRABALHO EXTERNO, PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – VIABILIDADE – RECURSO PROVIDO.

A execução da pena do nacional e do estrangeiro submete-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro irregular, por si só, fator impeditivo à concessão de progressão de regime e livramento condicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Christian José Iglesias Beraún, condenado pela prática de tráfico ilícito de drogas, avia agravo em execução penal em face da decisão proferida na 1ª Vara Criminal da comarca de Corumbá, que concedeu a progressão de regime do fechado para o semiaberto, porém, em razão da sua condição de estrangeiro em situação irregular no país, vedou o exercício de trabalho externo e posterior progressão para o regime aberto e o livramento condicional.

Afirma que a decisão viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade.

Requer, ao final, a reforma da decisão para afastar a vedação ao exercício de trabalho externo pelo reeducando Christian José Iglesias Beraún, bem como seja afastada a vedação pura e simples da concessão de progressão ao regime aberto e livramento condicional em razão da sua condição de estrangeiro.

O Ministério Público requer o improvimento do recurso.

A decisão foi mantida às f. 58.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

De acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a execução penal do nacional e do estrangeiro submete-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro, por si só, fator impeditivo à concessão de benefícios na execução penal.

A respeito desse tema, confira-se os seguintes precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

> *"O fato de o condenado por tráfico de drogas ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento de pena."* (STF – '*H.C.*' n. 97.147, Rel. para o acórdão Ministro Cézar Peluso, julgamento em 4.8.2009, Segunda Turma, DJE 12.2.2010). (Grifos nossos).
>
> *"EXECUÇÃO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. INEXISTÊNCIA DE INQUÉRITO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. I - Esta Corte, em diversos julgamentos, firmou entendimento no sentido de que a execução penal do nacional e do estrangeiro submetem-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro irregular, por si só, fator impeditivo à progressão de regime prisional. (Precedentes) II - 'In casu', a paciente teve denegado o benefício por tratar-se de estrangeira em situação irregular, e, outrossim, há informações atuais de que não possui inquérito de expulsão instaurado em seu desfavor, razão pela qual faz juz à progressão de regime, desde que atendidos os requisitos legais. 'Habeas Corpus' concedido para que o Juízo da Execução aprecie, com urgência, o pedido de progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP."* ('*H.C.*' 121.677/SP, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, 5ª TURMA, julgado em 16.06.2009). (Grifos nossos).
>
> *A propósito, confira-se excerto do voto exarado pelo Ministro Cézar Peluso:*
>
> *"A questão está em saber se é, ou não, admissível a progressão de regime para réus estrangeiros não residentes no país. A indagação remete logo ao disposto no art. 5º, 'caput', da Constituição Federal, onde se lê:*
>
> *"todos serão iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)*
>
> *Em princípio, parece que tal norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no país. Não é esta, porém, a leitura mais curial, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comporta exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreende que, sem razão perceptível, o Estado deixe de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas que, suposto estrangeiras sem domicílio no país, se encontrem sob império de sua soberania."* ('*H.C.*' 97.147-MT, julgado em 04.08.2009).

Assim sendo, é imperioso notar que o simples fato do sentenciado ser estrangeiro não veda a possibilidade de concessão de benefícios durante o cumprimento de pena, o que é decorrência natural do princípio da igualdade – art. 5º, *caput*, e § 2º da CF.

Com a promulgação do Decreto de n. 678, de 6 de novembro de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi definitivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil, na condição de signatário do Pacto, concordou em respeitar seu texto, mormente, no que se estabelece no seu artigo 24: *"Igualdade perante a lei – Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei."*

Dessa forma, nota-se que não há nenhuma restrição objetiva no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Crimes Hediondos (Lei de n. 8.072/90), Lei de Execução Penal (Lei de n. 7.210/84) e nem no Estatuto do Estrangeiro (Lei de n. 6.815/80), para que o condenado estrangeiro não possa progredir de regime ou ser beneficiado com o livramento condicional.

A realização de trabalho externo pelo reeducando também não deverá ser obstáculo à concessão dos benefícios na execução da pena.

Nesse sentido, o já mencionado voto da lavra do Min. Cézar Peluso (*HC n. 97.147-MT)* também analisa a insustentabilidade dos fundamentos para o indeferimento do pedido de progressão e livramento condicional no suposto impedido originado no art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, *verbis:*

> *"Da leitura do texto, já se depreende, como pré-compreensão, não existir proibição alguma de trabalho remunerado ao condenado estrangeiro. É que a situação não se subsume a nenhuma dessas hipóteses normativas. Não está ele em território nacional sob amparo de qualquer das modalidades de visto ali mencionadas, senão apenas pela força inexorável de sentença, que é o título que lhe justifica e impõe a permanência no território nacional. E é desse mesmo título jurídico que lhe advém a obrigação de trabalhar, como uma das condições do cumprimento da pena.*
>
> *Não se está, com isto, professando que o estrangeiro não deva vergar-se às limitações constantes do Estatuto do Estrangeiro, senão apenas que a ele decerto se lhe não aplica proibição de obter trabalho remunerado."*

Ademais, mesmo se já tiver sido determinada a expulsão da paciente, o que não consta dos autos, tal fato não constituiria óbice para a progressão de regime, pois, de acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a execução penal do nacional e do estrangeiro submete-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro irregular, por si só, fator impeditivo à concessão do benefício.

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dá-se provimento ao agravo aviado por Christian José Iglesias Beraún para afastar o óbice do trabalho externo, da progressão para o regime aberto e do livramento condicional em razão da nacionalidade do paciente, devendo ser analisados os requisitos no juízo da execução.

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. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0020314-71.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RETRATAÇÃO DA VÍTIMA – FALTA DE CONDIÇÃO ESPECÍFICA DA AÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Falta condição específica de procedibilidade da ação se a vítima de ameaça externou sua vontade nos autos de inquérito policial em não mais ver o réu processado e só não ratificou esse desejo perante a autoridade judiciária porque, sem esgotar todos os meios, deixou de ser intimada para a audiência específica prevista na lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 16 de setembro de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O acusado V. F. A. interpõe recurso de apelação em face da sentença que o condenou como incurso no art. 147 do Código Penal, à pena de 1 mês e 10 dias de detenção, em regime aberto, sendo-lhe concedido o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos, porque, segundo consta, no dia 11 de fevereiro de 2011, em Campo Grande, ameaçou causar mal injusto e grave a vítima G. A. V. B., sua ex-companheira, dizendo "vou te matar".

Inconformado com a decisão, requer sua nulidade ao argumento de que: 1) ausência de fundamentação do recebimento da denúncia; 2) falta condição de procedibilidade da ação, diante da não designação da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06 e 3) falta justa causa para ação.

Pugna, no mérito pela absolvição por insuficiência de provas e pela aplicação do princípio da bagatela imprópria.

Alternativamente, ainda requer o afastamento da agravante genérica do art. 61, II, "f", do Código Penal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões do Ministério Público pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Trata-se de apelação manejada em face da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Violência Domiciliar e Familiar contra a Mulher.

Ab initio, o apelante pede pela nulidade do feito ante a falta de condição específica da ação.

Com razão o apelante.

No presente caso de crime de ameaça inicialmente comunicado e representado às f. 05, houve posterior retratação da vítima, consoante se infere das f. 08 do inquérito policial, antes, portanto, do oferecimento da denúncia.

Em que pese a tentativa de realização da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, como verificado às f. 22-23, o ato restou frustrado ante a não localização da vítima, consoante certidão de f. 27, de 11.11.2011.

Assim, a denúncia foi recebida em 13.12.2011, às f. 22-23, e o feito seguiu seu curso até prolação de sentença.

Contudo, observa-se dos autos de processo que a vítima foi localizada e intimada para a audiência de instrução e julgamento, de acordo com a certidão de f. 66, após verificação de endereço constante dos autos:

> *"Certifico e dou fé que deixei de cumprir o presente no endereço constante no mandado por falta de dados para localização da residência.*
>
> *Assim,* ***efetuei a pesquisa no processo de eventual telefone para contato com a vítima, encontrando o número 8437 - 4816. No dia 01/05/2013 às 12:30 horas, liguei para o referido número e a sra. G. A. V. B. pediu para encontrá-la no endereço comercial****: Avenida Afonso Pena, n. 1.650, no Bairro Amambaí, O Burgão restaurante.*
>
> *Sendo assim, diligenciei no dia 01/05/2013 às 20:22 horas, na Avenida Afonso Pena, n. 1.650, no Bairro Amambaí, O Burgão restaurante e INTIMEI PARA AUDIÊNCIA G. A. V. B., do teor do mandado supra, do qual tomou ciência, recebeu a contrafé e exarou a sua assinatura no referido instrumento."* (destacamos).

De acordo com o certificado, extrai-se que, à época, não foram esgotados todos os meios para localizar a vítima quando da audiência especial para a manifestação de sua vontade perante o juiz, sendo apenas encontrada posteriormente para a audiência de instrução e julgamento, por meio da diligente atuação do oficial de justiça.

No caso, a vítima já havia externado sua vontade em não mais ver o apelante processado, conforme declaração efetuada desde o inquérito policial, e só não ratificou seu desejo perante a autoridade judiciária porque não foi intimada para a audiência específica.

Conclui-se, portanto, que o recebimento da denúncia é nulo, e de consequência, todos os atos supervenientes, considerando a não observação da condição de procedibilidade, ou seja, a representação.

Uma vez retratada a representação, a audiência do art. 16 da Lei n. 11.340/06 é imprescindível para o preenchimento da condição da ação.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça assim vem decidindo que "*a obrigatoriedade da audiência em Juízo, prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/06,* ***dá-se tão somente no caso de prévia manifestação expressa ou tácita da ofendida que evidencie a intenção de se retratar antes do recebimento da denúncia."*** (*'H.C.'* 96601/MS – *'Habeas Corpus'* n. 2007/0296925-4 – Rel. Min. Haroldo Rodrigues, Des. conv. do TJ/CE, 6ª Turma. DJe. 22.11.2010. Lex/STJ, v. 257. p. 159, RSTJ. v. 221. p. 787).

Assim, não havendo condição específica da ação, o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito.

Ante o exposto, com o parecer, dá-se provimento ao recurso de V. F. A. para o fim de extinguir a ação ante a falta de condição de procedibilidade, nos termos do art. 395, II, do CPP.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal).

De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carlos (2º Vogal).

De uma análise detida dos autos, peço vênia para divergir do e. relator, Desembargador Romero Osme Dias Lopes, pois entendo que cabível a absolvição, *in casu*, mais benéfica que a declaração de nulidade do processo.

Com efeito, narra a denúncia que *"na data de 11 de fevereiro de 2011, por volta das 21 h, na Rua Uirapuru, Conjunto Habitacional Estrela Dalva I, Bairro Taquaral Bosque, nesta capital, o denunciado ameaçou a vítima G. A. V. B., sua ex-companheira, dizendo 'vou te matar'."*

A vítima manifestou desejo de representar contra o ora apelante em 13.02.2011, à f. 5. Em 28.03.2011 G. retratou-se antes do oferecimento da denúncia, afirmando não pretender dar prosseguimento à persecução penal, à f. 8.

Embora a audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06 tenha sido designada, à f. 16, a ofendida não foi localizada, como consta do termo de assentada à f. 22-23, faltando, assim, ao ato em comento.

Nesses termos, a preliminar de nulidade processual por ausência da realização da audiência preliminar prevista no artigo 16, da LMP não merece guarida.

É que conforme dispõe o artigo em comento, tratando-se de ação penal pública condicionada à representação da ofendida, *"só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público"*.

No caso telado, embora a vítima tenha sinalizado a intenção de se retratar não foi localizada em tal fase processual.

Nesse sentido, ainda, Maria Berenice Dias:

> *"O desejo de desistir da representação formalizada na polícia pode ser manifestado pela vítima ou por seu procurador. Feita por petição será encaminhada ao juiz que designa audiência para a ouvida da ofendida. Também a vítima pode comparecer ao cartório e comunicar pessoal e oralmente a intenção de se retratar. Certificada pelo escrivão a manifestação da vítima, tal deve ser comunicado de imediato ao juiz para designar a audiência, dando ciência ao Ministério Público. Encontrando-se o juiz nas dependências do fórum, a audiência pode ser realizada de imediato. Homologada a retratação, é*

> *comunicada à autoridade policial para que arquive o inquérito, por ter ocorrido extinção da punibilidade. Designada audiência de retratação e não comparecendo a vítima à solenidade, persiste o procedimento, sendo incabível sua extinção."*[1]

Saliente-se, outrossim, que o fato de vítima ter comparecido à audiência de instrução e julgamento e relatado o ocorrido, sem mencionar a vontade anteriormente manifestada de não prosseguir com a ação, acabou suprindo sua ausência à audiência.

As preliminares de nulidade por falta de fundamentação no recebimento da denúncia e de ausência de justa causa para ação penal também devem ser rechaçadas.

Inexiste nulidade do feito por afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, pois é desnecessária a fundamentação da decisão que recebe a denúncia, tendo em vista que se trata de despacho meramente ordinatório ou de expediente, que tem como primeira finalidade a citação do réu, não possuindo qualquer carga decisória.

> Ademais, *"'É pacífico o entendimento desta corte e do pretório Excelso de que o ato de recebimento da denúncia dispensa fundamentação complexa, dada a sua natureza interlocutória'* (STJ, *HC* 122.001/MT)*, ainda não se é exigido rebater as teses apresentadas na defesa prévia, se inexistir umas das hipóteses dos incisos do artigo 397, do Código de Processo Penal."* (TJMT; *HC* 67832/2013; Capital; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Rui Ramos Ribeiro; Julg. 09.07.2013; DJMT 25.07.2013; Pág. 33).

Já a alegação de ausência de justa causa para a ação penal está acobertada pelo manto da preclusão, uma vez que a denúncia foi recebida, realizada a instrução e prolatada a sentença condenatória.

Assim, "uma vez prolatada a sentença condenatória, restam superadas eventuais imperfeições da denúncia." (TJMT; RAC 2872/2008; Capital; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Omar Rodrigues de Almeida; Julg. 23.04.2008; DJMT 07.05.2008; Pág. 39).

E, ainda:

> *"Sobrevindo sentença condenatória, superada fica a discussão acerca da justa causa da ação penal e da inépcia da denúncia."* (TJPE; Proc. 0023820-20.2011.8.17.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio de Melo e Lima; Julg. 08.02.2012; DJEPE 28.02.2012; Pág. 47).

> *"Preliminar de ausência de justa causa para o recebimento da denúncia rejeitada. Tendo ocorrido o recebimento da inicial acusatória e após ter sido prolatada a sentença, essa questão torna-se preclusa, devendo a defesa voltar-se quanto ao édito condenatório."* (TRF 1ª R.; ACr 0007253-04.2006.4.01.3900; Quarta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Marcus Vinícius Reis Bastos; Julg. 23.08.2011; DJF1 10.10.2011; Pág. 67).

Rejeito, pois, as preliminares arguidas.

Mérito

Por ocasião da audiência de instrução e julgamento, a vítima foi devidamente intimada e prestou suas declarações, disponíveis em áudio no SAJ de 1º Grau.

> *"Juiz: Ele falou pra senhora assim 'vou te matar'?*

1 DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça:** a efetividade da Lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 p.190-191.

Vítima: Falou.

Juiz: E a senhora sentiu medo?

Vítima: Não. Não tenho medo dele."

Assim, tendo em vista que para a configuração do crime em comento é necessário que a vítima tenha sentido temor, o que não ocorreu no caso concreto, reputo imperiosa a absolvição do apelante pela atipicidade da conduta.

Nesse sentido, trago à baila a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"Por outro lado, é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe pode acontecer; por pior que seja a intimidação, se ela não for levada a sério pelo destinatário, de modo a abalar-lhe a tranquilidade de espírito e a sensação de segurança e liberdade, não se pode ter por configurada a infração penal. Afinal, o bem jurídico protegido não foi abalado"*[2].
>
> *Igual é o posicionamento da jurisprudência:*
>
> *"PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. AUSÊNCIA DE TEMOR POR PARTE DA OFENDIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Para a configuração do crime de ameaça é necessário que esta seja idônea, ou seja, capaz de intimidar ou incutir temor no espírito do sujeito passivo, o que não ocorreu no caso em tela, motivo pelo qual deve ser mantida a absolvição do acusado. 2. Apelação desprovida."* (TJDF; Rec. 2012.01.1.114899-5; Ac. 700.844; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. João Batista; DJDFTE 15.08.2013; Pág. 207).
>
> *"PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CRIME DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE FUNDADO TEMOR À VÍTIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. VIAS DE FATO. AUSÊNCIA DE PROVAS. VERSÃO ISOLADA DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Mantém-se a absolvição do réu, denunciado pelo crime de ameaça, quando o acervo probatório dos autos demonstrou que a conduta perpetrada pelo agente não causou intimidação e temor à vítima. 2. Cediço que a palavra da vítima, em delitos relacionados ao contexto de violência doméstica e familiar, goza de especial relevância, porém, desde que acompanhada, ainda que minimamente, por outros elementos de prova. Se a versão da vítima não vem robustecida de qualquer outro elemento que lhe confira lastro seguro para embasar um Decreto condenatório, a absolvição é a medida que se impõe. 3. Recurso conhecido e desprovido."* (TJDF; Rec. 2012.08.1.005204-7; Ac. 693.856; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Jesuíno Rissato; DJDFTE 22.07.2013; Pág. 188).
>
> *"PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CRIME DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE DOLO E DE FUNDADO TEMOR À VÍTIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Mantém-se a absolvição do réu, denunciado pelo crime de ameaça, quando o acervo probatório dos autos não foi capaz de demonstrar cabalmente que a conduta perpetrada pelo agente tenha sido revestida da real intenção em causar mal injusto e grave à vítima, ou de que esta se sentiu intimidada ou atemorizada com a promessa. 2. Recurso conhecido e desprovido."* (TJDF; Rec. 2012.01.1.018617-6; Ac. 689.112; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Jesuíno Rissato; DJDFTE 04.07.2013; Pág. 235).

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p 730.

Pelo exposto, contra o parecer, voto pelo provimento do apelo defensivo e absolvo V. F. A. do crime previsto no art. 147 do CP, nos termos do art. 386, III, do CPP.

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, MS, 16 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4008596-41.2013.8.12.0000 - Costa Rica
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – POSSE DE ARMA DE FOGO – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO – POSSIBILIDADE – FLAGRANTE ILEGAL – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – PROVA ILÍCITA – ORDEM CONCEDIDA.

Deve ser considerada ilícita e imprestável a prova obtida através de flagrante ocorrido mediante violação de domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito. Precedentes (*Recurso Em Sentido Estrito n. 0042603-61.2012.8.12.0001; Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Data do Julgamento: 4 de fevereiro de 2013; Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal*). Ação penal trancada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 9 de setembro de 2013.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Os advogados Abadio Baird e Luiz Fernando Faria Tenório impetraram *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor de José Alves de Oliveira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Costa Rica.

Alegam, em síntese, que: a) tramita perante o juízo *a quo* a Ação Penal n. 0002048-75.2012.8.12.0009, movida pelo Ministério Público Estadual contra o paciente, por suposta prática de crime de posse de arma de fogo de uso permitido, a qual está lastreada exclusivamente em provas ilícitas, colhidas por agentes policiais em detrimento da inviolabilidade da casa, garantida pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988; b) por tal razão, arguiu-se a falta de justa causa em defesa preliminar, tese que foi rejeitada pelo juiz da causa sob o fundamento de que tal matéria não se enquadra nas hipóteses do artigo 397 do CPP, sendo, ao contrário, pertinente ao mérito, e que, na realidade, há documento assinado com o polegar do paciente no qual teria autorizado o ingresso dos policiais em seu lar; c) entretanto, os milicianos adentraram em sua residência sem sua autorização para buscar supostos objetos furtados e acabaram encontrando as armas que dão suporte à persecução penal; d) ademais, o paciente foi induzido a lançar sua digital sobre a aludida autorização, a qual, de todo modo, foi produzida a posteriori já na Delegacia de Polícia justamente para tentar validar a diligência realizada; e) a propositura e prosseguimento do processo criminal, sem lastro probatório válido, implica constrangimento ilegal.

Pediram o deferimento de provimento acautelatório, em caráter liminar, para determinar a imediata suspensão do curso da ação penal originária, cuja audiência de instrução foi designada para o dia 20.08.2013 e, no mérito requerem *"o trancamento da referida Ação Penal, por ausência de justa causa (art. 648, I), posto que todas as provas que ensejaram a propositura de referido processo foram obtidos através de meios ilícitos, qual seja, através da violação do domicílio do acusado (art. 5º, LVI, CF)"*.

A liminar foi deferida pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, f. 546/548, *"para o fim de determinar o sobrestamento da Ação Penal n. 0002048-75.2012.8.12.0009, em trâmite perante a 2ª Vara da comarca de Costa Rica, até o julgamento definitivo deste 'writ'"*.

Solicitadas as informações foram acostadas aos autos às f. 251/255.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da presente ordem de *habeas corpus*. (F. 257/262).

VOTO (EM 29.8.2013)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

A ordem deve ser concedida.

Alegam os impetrantes, em síntese, que:

a) tramita perante o juízo *a quo* a Ação Penal n. 0002048-75.2012.8.12.0009, movida pelo Ministério Público Estadual contra o paciente, por suposta prática de crime de posse de arma de fogo de uso permitido, a qual está lastreada exclusivamente em provas ilícitas, colhidas por agentes policiais em detrimento da inviolabilidade da casa, garantida pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988;

b) por tal razão, arguiu-se a falta de justa causa em defesa preliminar, tese que foi rejeitada pelo juiz da causa sob o fundamento de que tal matéria não se enquadra nas hipóteses do artigo 397 do CPP, sendo, ao contrário, pertinente ao mérito, e que, na realidade, há documento assinado com o polegar do paciente no qual teria autorizado o ingresso dos policiais em seu lar;

c) entretanto, os milicianos adentraram em sua residência sem sua autorização para buscar supostos objetos furtados e acabaram encontrando as armas que dão suporte à persecução penal;

d) ademais, o paciente foi induzido a lançar sua digital sobre a aludida autorização, a qual, de todo modo, foi produzida a posteriori já na Delegacia de Polícia justamente para tentar validar a diligência realizada;

e) a propositura e prosseguimento do processo criminal, sem lastro probatório válido, implica constrangimento ilegal.

Com razão a defesa.

Como bem sinalizou o Des. Ruy Celso Barbosa Florence quando deferiu a liminar pleiteada, a diligência policial que resultou na apreensão das armas de fogo localizadas na casa do paciente ocorreu em detrimento da garantia prevista no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Como se constata dos autos a polícia militar dirigiu-se até a residência do paciente para procurar objetos furtados pelo menor Wellington, que por ter livre acesso à casa do paciente havia lá guardado a *res furtiva*.

Ao adentrarem na residência com o menor localizaram as duas armas de propriedade do paciente.

Como se observa, o menor, apesar de ter livre acesso à casa do paciente, não é o proprietário do imóvel.

Assim, considerando que o paciente não estava no local no momento da entrada da residência pode-se dizer que os milicianos adentraram no domicílio do paciente sem a devida autorização.

A autorização de f. 88, claramente foi produzida *a posteriori* já na Delegacia de Polícia justamente para tentar validar a diligência realizada.

Corroboram para tal entendimento os depoimentos dos policiais que realizaram tal diligência (f. 66-67 e 69) e a cópia da mencionada autorização (f. 88).

Nesse sentido sem reparos o colega, Des. Ruy Celso ao deferir a medida liminar. Vejamos:

> *"O 'fumus boni iuris' advém da constatação de que a diligência policial que resultou na apreensão das armas de fogo localizadas na casa do paciente aparentemente ocorreu em detrimento da garantia prevista no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, podendo-se vislumbrar, ademais, verossimilhança na asserção lançada na inicial, no sentido de que a autorização mencionada pelo magistrado 'a quo' foi produzida 'a posteriori' já na Delegacia de Polícia justamente para tentar validar a diligência realizada.*
>
> *Corroboram essa cognição os depoimentos dos policiais que realizaram tal diligência (f. 66-67 e 69) e a cópia da sobredita autorização acostada à f. 88."*

Vale ainda frisar que essa 2ª Câmara, à unanimidade, já entendeu, em caso análogo, que *"a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada"*. Vejamos:

> *"E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – POSSE DE ARMA DE FOGO – PROVA ILÍCITA – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.*
>
> *O flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada.*
>
> *É escorreita a rejeição da denúncia que se baseou em prova ilícita e, portanto, imprestável.*
>
> *Recurso não provido, contra o parecer."*
>
> (Recurso em Sentido Estrito n. 0042603-61.2012.8.12.0001; Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Data do Julgamento: 4 de fevereiro de 2013; Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal).

Peço licença para transcrever a lição do colega Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence acerca do tema cujo entendimento tive a oportunidade e o prazer de acompanhar na condição de 1º vogal. Confira-se:

> *"O Ministério Público ataca a sentença alicerçando-se na tese de que, por se tratar de crime permanente, o estado de flagrância se manteve enquanto o acusado possuía a arma em sua residência, logo, os investigadores poderiam nela adentrar, sem mandado ou autorização, para legitimamente efetuar a apreensão do artefato, mesmo que dele não tivessem, antes de adentrar o imóvel, conhecimento ou suspeita de existir.*
>
> *Ora, o flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou ciência anterior do delito não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada, restando a prova de materialidade, neste último caso, eivada de ilicitude.*
>
> *A diferença parece sutil, mas só porque algumas pessoas não costumam emprestar à inviolabilidade do domicílio ou da intimidade o mesmo valor que dão ao direito à vida ou à integridade física, embora todas sejam garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas.*
>
> *Veja-se que ninguém duvidaria da ilicitude da prova se, 'in casu', ao invés da violação da residência do recorrido, fosse dito que a arma só foi descoberta após a realização de tortura.*
>
> *Pergunta-se: a flagrância não existe em ambas as situações? Sim! Seria a resposta decorrente de um raciocínio lógico formal – o crime é permanente. Porém, da mesma forma que não se admite a tortura como prova lícita, ainda que presente a situação do art. 303 do CPP, a violação do domicílio também não pode o ser, sob pena se subverter toda a lógica das garantias constitucionais, incorrendo em verdadeiras teratologias.*
>
> *Sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da preliminar da paradigmática Ação Penal n. 307-3 DF, eloquentemente assentou que:*
>
> *'(...) ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. (...) A prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada e repudiada sempre pelos juízes e Tribunais, 'por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (...)' (Ada Pellegrini Grinover, Novas Tendências do Direito Processual, Forense Universitária, p. 62). '(...) A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova de qualquer prova cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita,*

sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica'." (Ação Penal n. 307-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 162/03-340).

"O Ministro Gilmar Mendes, recuperando as lições de Canotilho, lembra-nos que 'a vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados'." (*in* Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2008).

"Superadas as digressões, tenho por acertada a solução dada a controvérsia pelo magistrado singular, o qual bem ponderou que, 'de fato, conforme aduzido pelo representante do Ministério Público, trata-se o crime em questão de crime permanente, o qual, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem pela imprescindibilidade de ordem judicial para a busca domiciliar, posição esta no entender deste juízo correta, mas apenas quando haja no mínimo alguma suspeita do cometimento de um crime pelo morador. Agora, admitir que policiais invadam a residência de uma pessoa, sem qualquer suspeita, para o fito de 'checar' um crime permanente do qual nem sequer cogitava é um abuso flagrante, é dizer que qualquer policial tem poder de invadir a residência de qualquer pessoa, a qualquer momento, sem mandado e sem suspeita. É ignorar o que a Constituição Federal assegura como direito fundamental do cidadão".

"Tal entedimento, aliás, está em consonância com o do Supremo Tribunal Federal no julgamento do H.C. n. 95009/SP, de Relatoria do Min. Eros Grau. Vejamos:

'(...) AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que 'a casa é asilo inviolável do indivíduo' (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica 'devassa'. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que 'é inviolável o sigilo da correspondência' (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou 'deletada', é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. (...)." (*H.C. n.* 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06.11.2008, DJe-241. DIVULG. 18.12.2008. PUBLIC. 19.12.2008. EMENT. VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640).

> *"A ilegalidade, portanto, continua o magistrado, exsurge do fato de que 'a arma foi encontrada casualmente, como resultado de uma diligência realizada sem a devida autorização judicial. Note-se que em nenhum momento, em seus depoimentos, os policiais afirmaram que haviam recebido denúncias de que o acusado guardava em sua residência arma ou outro objeto que comprovasse a prática de delito diverso e muito menos que o acusado tenha autorizado as suas entradas (v. p. 9/10 e 12/13). Ou seja, não havia nenhuma suspeita pairando sobre o réu. Era o mesmo evadido do sistema penal, o que por si só não gera a presunção de que estaria cometendo algum ilícito. Foi, pois, uma invasão aleatória, sem nenhum critério".*
>
> *"Aponta, ainda, que 'em consulta ao sistema computacional (SAJ), verifica-se que os referidos policiais, no momento da prisão do acusado, nem de posse do mandado de prisão expedido pela Vara de Execução Penal estavam (v. Autos n. 0002170-93.2004.8.12.0001). E ainda que os investigadores estivessem de posse do referido mandado, em tendo o cumprido do lado de fora da residência, jamais poderiam ter adentrado nesta, em especial porque a decisão prolatada pelo magistrado da Vara de Execução Penal apenas decretou a prisão do mesmo, pura e simplesmente. Em nenhum momento determinou a realização de busca na residência do réu (v. Autos 0002170-93.2004.8.12.0001)", de modo que "a prova está maculada, porquanto produzida sem a devida autorização judicial, sem a indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da busca no domicílio do réu; muito pelo contrário, a moradia do mesmo foi invadida de forma arbitrária, após a sua prisão, ressalte-se, do lado de fora da sua residência, em clara violação aos arts. 5º, XII, da Constituição Federal e 243 do Código de Processo Penal, sendo, pois, imprestável."*
>
> *"Logo, sob a ótica Constitucional de um Estado Democrático e de um consequente Direito Penal garantista, em sendo a prova ilícita, a sentença deve ser mantida incólume, pois, de fato, inexiste a justa causa para a persecução penal, autorizando a rejeição da denúncia nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal."*

Assim, adotando integralmente, o entendimento do Doutor em Direito Penal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem de *habeas corpus* para trancar a Ação Penal n. 0002048-75.2012.8.12.0009, em trâmite perante a 2ª Vara da comarca de Costa Rica.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 09.09.13, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. CARLOS EDUARDO CONTAR), APÓS O RELATOR CONCEDER A ORDEM. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 9.9.2013)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal).

Acompanho o e. Relator e concedo a ordem ao *Habeas Corpus* para trancar a Ação Penal n. 0002048-75.2012.8.12.0009, ajuizada em desfavor de José Alves de Oliveira.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal).

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

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, MS, 09 de setembro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0002576-25.2006.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DELITO DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – VELOCIDADE INCOMPATÍVEL PARA O LOCAL – CRIAÇÃO DE RISCO NÃO PERMITIDO – AÇÃO TÍPICA – IMPRUDÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Cria um risco não permitido pelo Direito o motorista que, dirigindo em velocidade incompatível para o local, em rodovia com trânsito livre, perde o controle do veículo, vindo a colidir com uma árvore, ocasionando a morte do passageiro.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Juliano Catarino Barbosa dos Santos interpôs apelação (f. 246-251) contra a sentença (f. 224-233) proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Corumbá, nos autos da Ação Penal n. 0002576-25.2006.8.12.0008, que o condenou à pena de 02 anos e 02 meses de detenção e à suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por 02 meses e 15 dias, pela prática do crime previsto no artigo 302 da Lei 9.503/1997 (homicídio culposo na direção de veículo automotor).

Alega, em resumo, ser duvidosa a imputação de culpa, pois, segundo consta dos interrogatórios, o desvio direcional do veículo ocorreu porque foi obrigado a evitar uma colisão com um bovino que estava na pista, acabando, em seguida, por perder o controle do automóvel, sendo possível, ademais, que a velocidade desenvolvida fosse inferior àquela apontada no laudo pericial.

O representante do Ministério Público Estadual, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

É apelação (f. 246-251) interposta por Juliano Catarino Barbosa dos Santos contra a sentença (f. 224-233) proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Corumbá, nos autos da Ação Penal

n. 0002576-25.2006.8.12.0008, que o condenou à pena de 02 anos e 02 meses de detenção e à suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por 02 meses e 15 dias, pela prática do crime previsto no artigo 302 da Lei 9.503/1997 (homicídio culposo na direção de veículo automotor).

Alega, em resumo, ser duvidosa a imputação de culpa, pois, segundo consta nos interrogatórios, o desvio direcional do veículo ocorreu porque foi obrigado a evitar uma colisão com um bovino que estava na pista, acabando, em seguida, por perder o controle automóvel, sendo possível, ademais, que a velocidade desenvolvida fosse inferior àquela apontada no laudo pericial.

O representante do Ministério Público Estadual, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo improvimento do recurso.

O recurso deve ser improvido.

Imputou-se ao réu a prática da conduta descrita no artigo 302, da Lei 9.503/97 com base nas seguintes asserções:

> *"No dia 29 de outubro de 2005, por volta das 23:30 horas, BR-262, neste Município e Comarca, o denunciado* ***JULIANO CATARINO BARBOSA DOS SANTOS,*** *conduzindo veículo automotor praticou* ***homicídio culposo*** *em face da vítima* ***Davi Rodrigues Pereira.*** *Prova o respectivo procedimento investigatório que o denunciado dirigia veículo marca FORD, modelo ESCORT, e a vítima estava em sua companhia no banco do carona. O denunciado agindo imprudentemente, pois dirigia em alta velocidade, perdeu o controle do veículo em uma curva, batendo em uma árvore, fato este que ocasionou a morte da vítima."*

A culpa do réu é evidente, consoante se colhe da prova pericial e dos demais elementos colhidos.

A culpa advém da falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.

Disso extrai-se que a conduta do réu restou maculada pela culpa, pois descurou do dever objetivo de cuidado.

Restou comprovado nos autos que o réu desenvolvia velocidade incompatível com a via em que trafegava (artigo 61, § 1º, inciso II, item 1, do Código de Trânsito Brasileiro).

O laudo pericial indica tal excesso de velocidade (115,25 km/h) e não pode ser desprestigiado à míngua de qualquer prova apta a desconstituí-lo.

Além disso, exsurge ratificando a imprudência do recorrente as marcas de frenagem e derrapagem, que se estenderam por 52 metros (f. 84) e precederam a colisão, revelando excesso de velocidade.

Das consequências do choque pode-se, também, extrair a violência do impacto. A destruição constatada nas fotografias de f. 82-83, também concorre, portanto, para demonstrar o excesso de velocidade sustentado pelo Ministério Público.

Calha lembrar, ademais, que a vítima, que acompanhava o réu, teve morte instantânea por conta das lesões sofridas em razão do acidente (f. 85).

É induvidoso, diante de tais elementos, que o agente trafegava em velocidade excessiva.

Em caso análogo, a jurisprudência já assentou que ***"a velocidade desenvolvida pode ser apreciada e calculada em face da natureza das lesões sofridas pela vítima, da extensão dos danos causados nos***

veículos e dos vestígios de frenagem alta velocidade" (cf. TJRS – ACr 297038416 – RS – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo – J. 26.02.1998).

O recorrente atribuiu o fato constatado nestes autos à ocorrência de um fato imprevisível, qual seja a presença de um bovino que o obrigou a fazer uma manobra abrupta.

Ocorre que tal fato carece de qualquer demonstração nos autos, sendo que a distribuição do ônus da prova impunha-lhe a demonstração daquilo que alegou, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, que atribui ao Ministério Público o ônus de provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa) e, em contrapartida, carreia ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Caso a defesa pretenda a absolvição com fulcro no art. 386, I, do Código de Processo Penal, incumbe-lhe ainda a prova da "inexistência do fato".

De todo modo, mesmo que o fato afirmado restasse plasmado nos autos, o réu não poderia eximir-se de sua responsabilidade penal, já que conduzia o veículo em velocidade tão incompatível com o local que as consequências da manobra por ele encetadas resultaram na destruição revelada pela prova coligida.

Aliás, é dever do condutor trafegar em condições de controlar minimamente o veículo na hipótese do surgimento de um imprevisto.

Por todas estas razões não há como afastar a responsabilidade penal do réu, revelada à exaustão pelo contexto probatório constante dos autos, decorrente da inobservância do dever objetivo de cuidado que enseja caracterização da culpa que, segundo José de Aguiar Dias é ***"a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude."*** (Da Responsabilidade Civil, vol. 1, p. 143, Forense, 8ª edição).

A condenação, destarte, deve ser preservada.

Anoto, por fim, que a pena foi bem dosada, não merecendo nenhuma correção *ex officio*.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Juliano Catarino Barbosa dos Santos, mas nego-lhe provimento.

Decisão em conformidade 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. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 14 de outubro de 2013.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 4005626-68.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRISÃO CIVIL – PACIENTE RECOLHIDO NO REGIME FECHADO – PRETENDIDA CONVERSÃO PARA O REGIME ABERTO – POSSIBILIDADE DE PERDA DO TRABALHO EM QUE O FOI RECÉM-ADMITIDO – LIMINAR CONFIRMADA – ORDEM CONCEDIDA.

A segregação do devedor de alimentos deve se dar no regime aberto, diante da necessidade de possibilitar ao paciente o exercício de atividade laboral no período diurno, com o fim de adimplir o débito alimentar, e da reconhecida superlotação do sistema carcerário, insuficiente para aprisionar criminosos que representam riscos à sociedade.

Ordem concedida, 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, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o segundo vogal.

Campo Grande, MS, 24 de junho de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O advogado Edgar Calixto Paz impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Adilson Antônio Gonçalves, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 2ª Vara de Família de Campo Grande, que havia determinado, nos Autos de n. 0808816-08.2012.8.12.0001, a prisão do paciente em razão de sua inadimplência com as prestações alimentícias que alcançam o montante de R$ 3.921,01.

Alega, em resumo, que: a) não se trata de inexecução voluntária de obrigação alimentícia, porquanto o paciente, além de ter perdido vários comprovantes de depósitos realizados em favor de seu filho, estava desempregado por longa data e, somente em 02.05.2013, conseguiu um emprego, não tendo recebido sequer o seu primeiro salário, pois a prisão, que ameaça a sua permanência na função, fora efetuada antes do término do mês, impossibilitando-o de adimplir com a sua obrigação; b) devido à prisão, está sofrendo sérios riscos de ser novamente demitido, conforme informações transmitidas pelo empregador; c) a carceragem do 4º D.P. (moreninhas) encontra-se com a sua capacidade excedente a três vezes mais o permitido em lei; d) o paciente é primário, com bons antecedentes, com residência fixa e não deseja se furtar de sua prestação de contas com a justiça.

A liminar foi deferida.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

É *habeas corpus* impetrado por Edgar Calixto Paz em favor de Adilson Antônio Gonçalves, apontando como autoridade coatora a de Direito da, que havia determinado, nos autos de n. 0808816-08.2012.8.12.0001, a prisão do paciente em razão de sua inadimplência com as prestações alimentícias que alcançam o montante de R$ 3.921,01.

Alega, em resumo, que: a) não se trata de inexecução voluntária de obrigação alimentícia, porquanto o paciente, além de ter perdido vários comprovantes de depósitos realizados em favor de seu filho, estava desempregado por longa data e, somente em 02.05.2013, conseguiu um emprego, não tendo recebido sequer o seu primeiro salário, pois a prisão, que ameaça a sua permanência na função, fora efetuada antes do término do mês, impossibilitando-o de adimplir com a sua obrigação; b) devido à prisão, está sofrendo sérios riscos de ser novamente demitido, conforme informações transmitidas pelo empregador; c) a carceragem do 4º D.P. (moreninhas) encontra-se com a sua capacidade excedente a três vezes mais o permitido em lei; d) o paciente é primário, com bons antecedentes, com residência fixa e não deseja se furtar de sua prestação de contas com a justiça.

A ordem deve ser concedida.

A decisão que decretou a prisão civil do executado pelo prazo de 60 (sessenta) dias, pelo descumprimento de obrigação alimentícia, restou vazada nos seguintes termos:

> *"Pelo que se depreende do processo, o executado foi compelido ao pagamento da quantia de R$ 761,38, atualizado até o dia 20.12.2012 (f. 16), sendo para tanto devidamente citado, quedando-se, no entanto, inerte em relação ao pagamento, bem como, não apresentando qualquer proposta ou justificativa.*
>
> *Decorrido lapso temporal que lhe permitiu adimplir sua obrigação ou formular escusa acerca do fato, os exequentes pugnaram pela decretação de sua prisão civil, o que foi ratificado pela representante ministerial.*
>
> *Induvidosamente a postura do executado está a demonstrar o seu menoscabo para com a família, sendo, outrossim, patente a sua obrigação de prestar alimentos.*
>
> *Assim, outro caminho não resta que o de se decretar a prisão do réu.*
>
> *Diante do exposto e considerando, ainda, o bem lançado parecer ministerial, tenho por bem em* ***decretar a prisão do executado****, o que faço pelo* ***prazo de 60 (sessenta) dias****.*
>
> *Expeça-se mandado para cumprimento da ordem de prisão, a qual somente será revogada após o pagamento das pensões vencidas e vincendas até a data do pagamento, a serem corrigidas monetariamente, incidindo, ainda, sobre elas, juros de mora. Encaminhem-se cópias à POLINTER.*

Determino, por fim, que conste no mandado a informação de que decorrido o prazo da prisão, deverá a autoridade policial proceder a liberação do executado, imediatamente, independentemente do envio de alvará de soltura."

A decisão acima reproduzida encontra-se em compasso com o disposto no artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, que dispõe que *"não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentício e a do depositário infiel"*. Assim, uma vez noticiado o inadimplemento voluntário e inescusável das *"três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo"* (Súmula n. 309 STJ) é possível a prisão civil do devedor.

Contudo, prevalece o entendimento no sentido de que o regime de cumprimento da prisão civil por dívida alimentar deve ser o aberto, a fim de viabilizar ao devedor o exercício de atividade laboral conducente a solver o débito pendente.

Nesse sentido, esta Corte tem reiteradamente decidido:

"E M E N T A – 'HABEAS CORPUS' – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – DÉBITO ALIMENTAR – ORDEM DE PRISÃO – CUMPRIMENTO NO REGIME ABERTO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. A execução de débito alimentar tem o condão de ensejar a prisão civil decorrente das últimas três prestações anteriores ao ajuizamento da demanda executiva, além das prestações vincendas no curso do processo, com base na Súmula 309 do STJ, tendo em vista a inadimplência do alimentante. Contudo, no caso, a segregação do devedor de alimentos deve se dar no regime aberto, tendo em vista a necessidade de possibilitar ao paciente o exercício de atividade laboral no período diurno, com o fim de adimplir o débito alimentar." (TJMS, 1ª Câmara Criminal - *'Habeas Corpus'* n. 4001274-67.2013.8.12.0000 - Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 11.03.2013).

"E M E N T A – 'HABEAS CORPUS' – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – DECRETO DE PRISÃO – CUMPRIMENTO NO REGIME ABERTO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. A segregação do devedor de alimentos deve se dar no regime aberto, tendo em vista a necessidade de possibilitar ao paciente o exercício de atividade laboral no período diurno, com o fim de adimplir o débito alimentar." (TJMS, 1ª Câmara Criminal - '*Habeas Corpus'* n. 0605132-62.2012.8.12.0000, j. 28.01.2013).

"E M E N T A – 'HABEAS CORPUS' – PRISÃO CIVIL – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRETENDIDA A CONVERSÃO DO REGIME FECHADO EM ABERTO – RISCO CONCRETO DE PREJUÍZO SE MANTIDO O REGIME FECHADO – POSSIBILIDADE DE PERDA DO TRABALHO POR JUSTA CAUSA – LIMINAR CONFIRMADA – ORDEM CONCEDIDA. Concede-se o regime aberto na prisão do devedor de alimentos, pois este se mostra mais adequado, possibilitando ao inadimplente auferir recursos para o pagamento da pensão alimentícia, mormente quando demonstrado que o regime fechado acarretaria na perda do exercício laborativo." (TJMS, 1ª Câmara Criminal, '*Habeas Corpus'* - N. 2011.029789-6, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, j. 24.10.2011).

"E M E N T A – 'HABEAS CORPUS' – PRISÃO CIVIL – ALIMENTOS – PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA QUE NÃO ELIDE O DECRETO PRISIONAL – PRISÃO QUE DEVE SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. O pagamento parcial da dívida não tem o condão de afastar o decreto prisional. A prisão civil por dívida alimentar deve ser cumprida no regime aberto, a fim de possibilitar a atividade laboral exercida pelo paciente." (TJMS, 1ª Câmara Criminal, '*Habeas Corpus'* - N. 2012.004819-3, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 07.05.2012).

> *"E M E N T A – 'HABEAS CORPUS' – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRISÃO CIVIL – PACIENTE RECOLHIDO NO REGIME FECHADO – PRETENDIDA CONVERSÃO PARA O REGIME ABERTO – POSSIBILIDADE DE PERDA DO TRABALHO EM QUE O FOI RECÉM-ADMITIDO – LIMINAR CONFIRMADA – ORDEM CONCEDIDA. É possível a concessão do regime aberto ao devedor de alimentos, permitindo que este aufira recursos que possam ser utilizados no adimplemento de sua obrigação, relevando-se o risco concreto que a manutenção do regime fechado causa a sua permanência no emprego. Liminar confirmada. Ordem Concedida, com o parecer."* (TJMS, 2ª Câmara Criminal, '*Habeas Corpus'* n. 2012.017536-6, minha relatoria, j. 18.07.2012).

Tal entendimento ganha especial relevo no presente caso, pois, além da presumida hipossuficiência financeira, o paciente acostou declaração indicando ter conquistado trabalho formal em data recente, de modo que a prisão em regime fechado apresenta risco a sua permanência no emprego e, por via de consequência, prejuízo ao próprio alimentando.

Uma vez somadas tais circunstâncias à reconhecida superlotação do sistema carcerário, insuficiente para aprisionar criminosos e hodiernamente objeto de mutirão de juízes para tentar equacioná-lo, resulta ilógico preservar o paciente custodiado em delegacia de polícia, devendo-se autorizá-lo a cumprir a prisão civil em regime aberto.

Ante o exposto, concedo a ordem em favor de Adilson Antônio Gonçalves a fim de autorizá-lo a cumprir a ordem de prisão emanada na 2ª Vara de Família no regime aberto (Autos n. 0808816-08.2012.8.12.0001), nos termos da decisão que deferiu a liminar, ora ratificada.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1° Vogal).

De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2° Vogal).

Devo divergir do e. relator, por entender que o regime aberto é absolutamente incompatível com a prisão civil.

A segregação civil tem por escopo uma medida coercitiva para compelir o inadimplente a cumprir com a obrigação pactuada, ou seja, a prisão civil não é sanção penal. Assim sendo, a "flexibilização de regime" acaba tornando inócuo o instrumento de coerção estatal para o adimplemento de obrigação alimentar.

O regime aberto é um importante passo no regime de cumprimento de pena progressivo, em que o agente – condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade – já passou pelos regimes anteriores e se encontra no último estágio antes da liberdade.

Ainda que acarrete constrição à liberdade de locomoção do agente, a prisão civil não é pena, mas sim meio coercitivo para o pagamento de débito alimentar. Não se discute sua constitucionalidade e legalidade.

Neste compasso, imperioso lembrar que não se aplicam as regras da Lei de Execução Penal à prisão civil, haja vista possuírem fundamentos e natureza jurídica diversos.

Há muito vem sendo esse entendimento deste colegiado, *in verbis*:

> *"'HABEAS CORPUS' – INADIMPLEMENTO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA – PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA NÃO POSSUI O CONDÃO DE ALTERAR A*

SEGREGAÇÃO CIVIL – FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO – INCOMPATIBILIDADE DA LEP COM A PRISÃO CIVIL - ORDEM DENEGADA.

Denega-se a ordem, se o caso concreto revela tratar-se de dívida alimentícia acumulada ao longo do tempo, cuja execução, alicerçada no art. 733 do CPC, foi providenciada logo após o atraso, sobretudo se o devedor, citado, não providencia o pagamento nem apresenta qualquer justificativa plausível para inadimplemento.

Inadmissível se examinar, nesta estreita via, a alegada impossibilidade de o alimentante quitar a dívida alimentar em decorrência de sua situação econômica, porquanto requer ampla dilação probatória, não constituindo, pois, o 'habeas corpus' sede apropriada para tal desiderato.

Incabível a fixação do regime aberto para o devedor de alimentos, haja vista que a segregação civil tem por escopo uma medida coercitiva para compelir o inadimplente a cumprir com a obrigação pactuada. Ademais, a priori, não se aplicam as regras da Lei de Execuções Penais, para o caso em tela, por possuírem fundamentos e natureza jurídica diversos." [1]

Ademais, ainda que o último emprego formal do paciente seja de 1.989, é absolutamente inverossímil que o mesmo tenha passado os últimos 23 (vinte e três) anos desempregado, somente conseguindo emprego em época contemporânea à prisão civil.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *Habeas Corpus* em favor de Adilson Antônio Gonçalves.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

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, MS, 24 de junho de 2013.

***

1 TJMS, *HC* 2011.023416-2, 2ª T. Crim., rel. Des. MANOEL MENDES CARLI, DJ 25/08/2011.

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 40110001-50.2013.8.12.0000 – Ivinhema
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA – PRISÃO PREVENTIVA – INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA EXTREMA NÃO EVIDENCIADA – ORDEM CONCEDIDA.

Apesar de poder ser decretada para garantir a execução de medidas protetivas de urgência (art. 313, III, do CPP), a prisão preventiva merece ser afastada se não for indispensável para garantir a segurança da suposta vítima de violência de gênero, exatamente como na hipótese, onde os fatos criminosos noticiados, embora abstratamente graves, já que envolvem suposta ameaça e agressão em situação de violência de gênero, não se mostraram concretamente ofensivos ao ponto de conclamar a segregação antecipada.

Por outro lado, ainda que a destinatária das medidas protetivas de urgência tenha aparentemente delas declinado, nada impede que, *ad cautelam,* sejam mantidas em seu favor outras medidas protetivas de urgência, diversas da prisão, em observância ao comando esculpido no art. 226, § 8º, da Constituição Federal.

Ordem concedida, 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, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Advogada Mari Roberta Cavichioli impetrou ordem de *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, em favor de V. J. da S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Comarca de Ivinhema.

Informa a impetrante que o paciente encontra-se preso desde o dia 09.10.2013 na Delegacia de Polícia de Ivinhema (MS), por ter supostamente descumprido decisão judicial nos autos de medida protetiva de urgência deferida no processo cautelar 0000973-55.2013.8.12.0012, que tramitou perante a 1ª Vara da Comarca de Ivinhema (MS).

Na data de 10.10.2013, aduz ter sido proposto em favor do paciente pedido de Liberdade Provisória – Autos n. 0001883-82.2013.8.12.0012, distribuído por dependência aos Autos n. 0001883-82.2013.8.12.0012

– Pedido de Prisão Preventiva, processos da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que restou indeferido pelo Juiz designado para o Plantão Regional, sob o argumento de garantir a ordem pública visando a evitar a reiteração criminosa em crimes de violência doméstica.

Ocorre que, segundo as alegações feitas na mandamental, a prisão preventiva decorreu de inverdades ditas pela suposta vítima que é quem realmente não se conforma com o rompimento do relacionamento amoroso em novembro de 2012, ficando, desde então, no encalço do paciente, o qual é *"corriqueiramente agredido verbalmente, psicologicametne e fisicamente pela vítima, contudo, sempre permaneceu inerte"*.

Pondera, aliás, que a própria vítima prestou declaração confirmando que se arrepende do que fez, dispondo-se a comparecer espontaneamente em Juízo para se retratar da representação criminal e renunciar ao processo criminal que porventura seja instaurado em desfavor do paciente.

Finaliza destacando as condições subjetivas favoráveis do paciente e chamando à atenção para a desproporcionalidade da prisão preventiva frente à pena que eventualmente poderia ser imposta se a denúncia fosse aceita e houvesse a condenação.

Pediu a concessão liminar do *Habeas Corpus* com a ulterior confirmação no mérito, para que o paciente seja colocado imediatamente em liberdade.

O pedido liminar foi deferido (p. 36-38), concedendo-se a liberdade provisória ao paciente, mantendo-se, porém, as demais medidas protetivas de urgência que tinham sido impostas.

Instada, a autoridade apontada como coatora prestou informações às p. 42-43.

Em parecer de p. 45-51, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela revogação da liminar e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Advogada Mari Roberta Cavichioli de Souza em favor de V. J. da S., apontando-se como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Comarca de Ivinhema.

Informa a impetrante que o paciente encontra-se preso desde o dia 09.10.2013 na Delegacia de Polícia de Ivinhema (MS), por ter supostamente descumprido decisão judicial nos autos de medida protetiva de urgência deferida no Processo cautelar n. 0000973-55.2013.8.12.0012, que tramitou perante a 1ª Vara da Comarca de Ivinhema (MS).

Na data de 10.10.2013, aduz ter sido proposto em favor do paciente pedido de Liberdade Provisória – Autos n. 0001883-82.2013.8.12.0012, distribuído por dependência aos Autos n. 0001883-82.2013.8.12.0012 – Pedido de Prisão Preventiva, processos da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que restou indeferido pelo Juiz designado para o Plantão Regional, sob o argumento de garantir a ordem pública visando a evitar a reiteração criminosa em crimes de violência doméstica.

Ocorre que, segundo as alegações feitas na mandamental, a prisão preventiva decorreu de inverdades ditas pela suposta vítima que é quem realmente não se conforma com o rompimento do relacionamento amoroso em novembro de 2012, ficando, desde então, no encalço do paciente, o qual é *"corriqueiramente agredido verbalmente, psicologicametne e fisicamente pela vítima, contudo, sempre permaneceu inerte"*.

Pondera, aliás, que a própria vítima prestou declaração confirmando que se arrepende do que fez, dispondo-se a comparecer espontaneamente em Juízo para se retratar da representação criminal e renunciar ao processo criminal que porventura seja instaurado em desfavor do paciente.

Finaliza destacando as condições subjetivas favoráveis do paciente e chamando à atenção para a desproporcionalidade da prisão preventiva frente à pena que eventualmente poderia ser imposta se a denúncia fosse aceita e houvesse a condenação.

Pediu a concessão liminar do *Habeas Corpus* com a ulterior confirmação no mérito, para que o paciente seja colocado imediatamente em liberdade.

O pedido liminar foi deferido (p. 36-38), concedendo-se a liberdade provisória ao paciente, mantendo-se, porém, as demais medidas protetivas de urgência que tinham sido impostas.

Instada, a autoridade apontada como coatora prestou informações às p. 42-43.

Em parecer de p. 45-51, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela revogação da liminar e denegação da ordem.

A ordem deve ser concedida, nos termos da liminar deferida

Isso porque, apesar de poder ser decretada para garantir a execução de medidas protetivas de urgência (art. 313, III, do CPP), a excepcional prisão preventiva no caso concreto não se mostra indispensável para assegurar a integridade da suposta vítima de violência de gênero, especialmente porque a própria ofendida (M. da S. S. B.), ex-companheira do paciente e destinatária da proteção, prestou declaração à p. 15, com firma reconhecida, dizendo que se arrepende de ter representado criminalmente o paciente V. J. da S. se comprometendo a comparecer espontaneamente em Juízo para se retratar da representação do descumprimento da medida protetiva e renunciar o processo criminal.

De outro lado, os fatos criminosos noticiados, embora abstratamente graves, já que envolvem suposta ameaça e agressão em situação de violência de gênero, não se mostraram concretamente ofensivos ao ponto de conclamar a segregação antecipada.

A representação pela decretação da prisão preventiva feita pela autoridade policial traça elucidativo histórico das ocorrências, valendo a sua transcrição:

> *"Chegou ao conhecimento desta autoridade policial a 'notitia criminis' registrada sob o n. 1.592/2013, cujo fato criminoso teria ocorrido em 29.09.2013. Trata-se de caso de desobediência à decisão judicial proferida em autos de medidas protetivas de urgência. O registro da ocorrência originou o Inquérito Policial n. 483/2013. Antes disso, foi registrado o Boletim de Ocorrência n. 996/2013, o qual originou as mencionadas medidas protetivas.*
>
> *Em junho do corrente ano, a vítima (M. da S. S. B.), compareceu nesta unidade policial e noticiou crime de violência doméstica, dando origem ao registro de Ocorrência n. 996/2013 e Procedimento n. 482/2013. Disse que o representado violou o seu domicílio e prometeu matá-la. Afirmou também que já foi agredida fisicamente por ele. No mais, afirmou que ele encaminhava mensagens de textos pertubando-a.*
>
> *Em razão da situação, foram requeridas medidas protetivas de urgência conferidas pela Lei Maria da Penha, as quais restaram deferidas pelo Juízo nos autos do Processo Cautelar n. 0000973-55.2013.8.12.0012 que tramitou perante a 1ª Vara desta Comarca.*
>
> *Ocorre que de acordo com a vítima, mesmo diante da restrição em aproximar-se dela, o representado praticou novo fato criminoso pouco mais de três meses da*

determinação das medidas. Ocorre que Valdir aproximou-se de (M. da S. S. B.) e com violência, fez com que ela entrasse em seu veículo. Em seguida, levou-a a um local bastante escuro e deserto, (M. da S. S. B.) afirmou também que conseguiu acionar a Polícia Militar através do telefone. Ao perceber que a vítima falava com a Polícia, o representado parou novamente o veículo, oportunidade em que (M. da S. S. B.) conseguiu descer do carro e dirigir-se a local movimentado por pessoas (...)".

Como se sabe, a cautelaridade da prisão, considerando a nova legislação para o desencarceramento, somente se justifica quando presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, os quais devem sempre ser concretamente demonstrados por percuciente fundamentação que evidencie, de forma segura, a indispensabilidade da medida extrema de restrição ao direito à liberdade, em detrimento das demais providências diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A vítima não revelou detalhes sobre as agressões, o que, uma vez analisado em contexto com a declaração que prestou à p. 15, no sentido de que se arrepende de ter representado criminalmente contra o paciente, acena para a plausibilidade da tese defensiva de que a ameaça e as agressões não existiram, situação essa que só poderá ser confirmada na instância singela, contudo sem que o paciente permaneça desnecessariamente preso preventivamente.

Por outro lado, ainda que a destinatária das medidas protetivas de urgência tenha aparentemente delas declinado, é prudente que, em observância ao comando esculpido no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, sejam mantidas as demais cautelares deferidas nos Autos de n. 0000973-55.2013.8.12.0012, ao menos até que seja confirmada em juízo o que declarou a vítima à p. 15, estando o paciente, portanto, Proibido de: 1 – aproximar-se da autora a menos de 300 metros; e 2 – comunicar-se com a vítima por qualquer meio de comunicação, principalmente o telefônico, lembrando-o que o descumprimento de tais medidas pode levar a novo encarceramento por decisão devidamente fundamentada.

Oportunamente, registro que as condições pessoais do paciente são favoráveis, comprovadas a ocupação lícita (p. 31), a primariedade (p. 19-20) e a residência fixa (p. 14 – em nome do pai do paciente).

Diante do exposto, contra o parecer, confirmo a liminar e concedo a ordem em favor V. J. da S. garantindo-lhe a liberdade. Contudo, *ad cautelam*, afora a prisão preventiva, por ora mantenho as demais medidas protetivas anteriormente fixadas em favor de (M. da S. S. B.).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM 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 Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 21 de outubro de 2013.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Eficiência do TJMS é tema de palestra em Congresso de Direito 04.11.2013



Na última quinta-feira (31), o juiz auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de MS, Olivar Augusto Roberti Coneglian, esteve em Três Lagoas para, em nome do Des. Joenildo de Sousa Chaves, participar do III Congresso de Direito da UFMS.

Acompanhado do diretor de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Jr., Olivar falou sobre os resultados do Justiça em Números que, pelo quinto ano consecutivo, reconheceu que Mato Grosso do Sul atingiu o índice de 100% de eficiência. Uma vitória para administração, magistrados e servidores que se empenharam para uma prestação jurisdicional célere e de qualidade.

Para quem não sabe, o Justiça em Números é um relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que traça um panorama da atuação da justiça brasileira, mostrando a realidade de cada um dos tribunais de pequeno, médio e grande porte, além dos tribunais regionais, trabalhistas e eleitorais. Um raio-x completo de todas as ações que atingem o jurisdicionado.

"O Tribunal de Justiça de MS, ao lado dos tribunais de Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Acre e Amapá, em 2012, alcançou o resultado máximo de produtividade dentre os tribunais estaduais. Isso mostra que o Judiciário de MS está no caminho certo", esclareceu Olivar.

Com uma apresentação detalhada, Newton mostrou aos participantes do congresso as ações desenvolvidas pela justiça sul-mato-grossense como os mutirões de sentença, o Centro de Processamento Eletrônico (CPE), as tendências com o processo eletrônico, dentre outros projetos que visam a celeridade na prestação jurisdicional.

"O Centro de Processamento Eletrônico (CPE) é uma proposta ousada e de vanguarda implantada pelo Tribunal de Justiça de MS, que será uma das marcas da administração 2013/2014. Um projeto inédito no país, capaz de colocar o Judiciário de MS na vanguarda do atendimento rápido e eficaz", explicou Cesco.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

***

Inovação: CPE agiliza prestação jurisdicional no Judiciário de MS
04.11.2013



Outro modelo de trabalho. Esta é a definição para o Centro de Processamento Eletrônico (CPE), uma proposta ousada e de vanguarda implantada pelo Tribunal de Justiça de MS, que será uma das marcas da administração 2013/2014.

A ideia surgiu em razão do panorama na Justiça sul-mato-grossense: aumento na demanda, dificuldade de formação da força de trabalho, de servidor em comarcas do interior, de treinamento, de reposição e nomeação de servidores e falta de padronização de trabalho.

Assim, o projeto idealizado pelo juiz auxiliar da presidência do TJMS, Vitor Luis de Oliveira Guibo, foi implantado com 15 servidores que trabalham especificamente com cálculo de pena, controle de prazo, expedição, enfim, que atendem e cumprem atos processuais emanados de juízes do Estado.

O projeto piloto tem seu foco na área de execução de pena. Atualmente com processos eletrônicos da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande e das comarcas de Dois Irmãos do Buriti, Corumbá e Ponta Porã, a ideia é trazer a execução penal de todas as comarcas para o CPE. Um projeto inédito no país, capaz de colocar o judiciário de MS na vanguarda do atendimento rápido e eficaz.

As assessoras técnicas especializadas Conceição Pedrini Pereira e Andrea Michelle do Carmo Alves, responsáveis pela execução da proposta, garantem que, mesmo com poucos meses de trabalho, é possível perceber que o servidor direcionado torna-se especialista no tema e tem sua produtividade aumentada.

> *"As pessoas estão produzindo muito. Quem produz menos, produz o dobro de quem atua nas comarcas em razão da forma de trabalho. No local em que ficamos não tem telefone, atendimento ao público e reina o silêncio, permitindo total concentração, já que muitos fazem cálculo de penas"*, explicou Conceição.

A infraestrutura para este projeto inovador exige local amplo e apropriado, mobiliário adequado, rede lógica compatível, alta disponibilidade e agilidade do Sistema de Automação da Justiça (SAJ). Entre as estratégias de implantação estão o agrupamento de competências com maior incidência de processos, a definição de escala de produção, o ajuste de equipe e a alocação de processos.

Importante lembrar que a centralização do processamento permite a padronização do procedimento de trabalho, a uniformização de modelos, foco na execução de processos, especialização na execução dos trabalhos, segurança para o servidor, redução de custos para a administração, mas principalmente mais produtividade do servidor.

O processo eletrônico também permite a eliminação do tempo morto do processo, o paralelismo de fases, a automação de rotinas, a interoperabilidade, a reorganização de ambientes de trabalho, a padronização de atividades e procedimentos, e a reorganização judiciária: tudo para revolucionar o Poder Judiciário.

E os resultados já começam a aparecer. Uma delegação de Mato Grosso esteve no TJMS para conhecer as razões que colocaram o Poder Judiciário de MS pela quinta vez consecutiva entre os melhores do país, no que se refere a tribunais de pequeno porte. E na última semana uma delegação do TJ de Sergipe visitou a Justiça sul-mato-grossense para conhecer as iniciativas de vanguarda. Para o diretor de Planejamento do TJSE, Erick Andrade, o projeto do Judiciário de MS é pioneiro e vai deixar um importante legado para o país.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

***

Justiça Compartilhada: Entrevista com a Coordenadora da Infância 08.11.2013



Mais uma edição do Justiça Compartilhada está publicada nesta sexta-feira (8) e a entrevistada é a Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, coordenadora da Infância e da Juventude de M.S. O vídeo também está disponível no Youtube do T.J./M.S. (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo).

O Justiça Compartilhada é um programa de entrevistas com os principais personagens do meio jurídico, como magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, advogados, entre outros, disponibilizado quinzenalmente e produzido exclusivamente para redes sociais.

Nesta edição, a desembargadora fala dos projetos e propostas desenvolvidas pela Coordenadoria.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

***

TJ Disponibiliza primeiros terminais de peticionamento eletrônico 19.12.2013



A partir de janeiro de 2014, os advogados do Estado poderão, além de consultar processos, peticionar pelos terminais de atendimento eletrônico disponibilizados pelo Poder Judiciário.

Os terminais de consulta processual passaram por modificações e, a partir de agora, estarão equipados com entrada para *pendrive* e *token*, a fim de possibilitar o peticionamento.

Com isso, o Judiciário busca disponibilizar mais um meio de acesso à Justiça, dando agilidade no atendimento aos jurisdicionados.

Serão disponibilizados um total de 50 totens em todo o Mato Grosso do Sul. Inicialmente, está programada a instalação de 20 terminais, prioritariamente nas Comarcas de menor porte.

Neste primeiro momento serão atendidas comarcas que apresentam maiores problemas de conexão com a *internet.* Como o Judiciário conta com um *link* redundante para acesso à rede, a disponibilização dos terminais para peticionar visa evitar que, no caso de indisponibilidade da *web* na cidade, as partes percam prazos para interposição de recursos, por exemplo.

As primeiras 20 comarcas a receber o equipamento são Amambai, Anaurilândia, Bataguassu, Bela Vista, Brasilândia, Cassilândia, Chapadão do Sul, Corumbá, Costa Rica, Eldorado, Iguatemi, Inocência, Itaquiraí, Mundo Novo, Nioaque, Pedro Gomes, Porto Murtinho, Rio Negro, Sete Quedas e Sonora.

Cassilândia e Costa Rica já receberam os terminais, que devem entrar em funcionamento em janeiro. E os demais serão distribuídos ainda no início de 2014.

Nas consultas de processos em andamento é possível buscar informações por número do processo, nome da parte, número da OAB e nome do advogado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

***

TJ institui Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais
07.11.2013



Está publicado no Diário da Justiça desta quinta-feira (7), o Provimento n. 300, que institui a Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais (CPE) no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. O objetivo principal é agilizar e aperfeiçoar as atividades jurisdicionais, de modo a possibilitar o aumento do número de processos trabalhados por usuário em comparação com o modelo cartorário tradicional.

A CPE irá executar os atos processuais, nos feitos eletrônicos, no âmbito da primeira instância. As serventias que tiverem seus serviços executados pela Central disponibilizarão servidores para atuar no local, mantendo-se um mínimo de três servidores no cartório, incluído o Escrivão e/ou Chefe de Cartório.

Cabe à Central cumprir e executar as determinações judiciais e exercer os serviços cartorários em geral, nos processos eletrônicos das unidades jurisdicionais. Os servidores da CPE não prestarão atendimento ao público externo, às partes, aos advogados, aos Defensores Públicos, Procuradores, Promotores de Justiça, cabendo tal função aos servidores de cada cartório.

Os processos eletrônicos que terão seus atos executados pela Central de Processamento Eletrônico serão indicados pela Corregedoria-Geral de Justiça. O juiz do feito terá a atribuição de fiscalizar a correção dos atos processuais praticados pela CPE, mandando repeti-los pela escrivania da unidade jurisdicional se considerá-los equivocados e poderá determinar que o ato seja cumprido pela própria escrivania ao invés da Central.

As correições judiciais continuarão a ser realizadas pelo Juiz da Vara e pela Corregedoria-Geral de Justiça, cabendo a esta verificar a responsabilidade de eventuais faltas cometidas por servidores da CPE.

No cumprimento dos atos, que deverão ser cumpridos com celeridade e observando a uniformidade dos procedimentos, os servidores lotados na CPE deverão observar as orientações contidas nas determinações judiciais, as normas da Corregedoria-Geral de Justiça e a legislação aplicável ao caso.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 0003249-92.2009.8.12.0014 38
Apelação n. 0006511-84.2012.8.12.0001 41
Apelação n. 0029248-86.2009.8.12.0001 44

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0001181-86.2011.8.12.0019 49
Apelação n. 0027935-56.2010.8.12.0001 58
Mandado de Segurança n. 4006872-02.2013.8.12.0000 65

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0002102-51.2011.8.12.0017 70
Apelação n. 0800843-70.2010.8.12.0001 79
Agravo Regimental n. 4010013-29.2013.8.12.0000/50000 84

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0002069-31.2010.8.12.0006 89
Reexame Necessário n. 0002340-91.2011.8.12.0010 95
Agravo de Instrumento n. 4008571-28.2013.8.12.0000 100

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0000798-65.2011.8.12.0001 105
Apelação n. 0018609-09.2009.8.12.0001 110
Apelação n. 0800106-39.2013.8.12.0041 115

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0000964-13.2011.8.12.0029 120
Apelação n. 0045505-21.2011.8.12.0001 126
Apelação n. 0802309-62.2011.8.12.0002 136

Hildebrando Coelho Neto

Agravo Regimental n. 0124261-49.2008.8.12.0001/50000 143
Agravo Regimental n. 4002289-71.2013.8.12.0000/50001 147
Agravo Regimental n. 4006250-20.2013.8.12.0000/50000 154

João Maria Lós

Apelação n. 0009695-58.2006.8.12.0001 183
Agravo Regimental n. 0803844-89.2012.8.12.0002/50000 196
Agravo Regimental n. 4002319-09.2013.8.12.0000/50000 201

Josué de Oliveira

Apelação n. 0030029-11.2009.8.12.0001 205
Apelação n. 0903362-89.2011.8.12.0001 213
Agravo de Instrumento n. 4008589-49.2013.8.12.0000 217

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0029949-81.2008.8.12.0001 223
Apelação n. 0206903-08.2010.8.12.0002 228
Apelação n. 0802083-08.2012.8.12.0007 237

Julizar Barbosa Trindade

Apelação 0045138-60.2012.8.12.0001 240
Apelação n. 0052866-26.2010.8.12.0001 245
Apelação n. 0070460-87.2009.8.12.0001 249

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0000684-03.2010.8.12.0021 252
Apelação n. 0048125-40.2010.8.12.0001 257
Apelação n.0800172-87.2011.8.12.0041 266

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0001272-33.2011.8.12.0002 273
Apelação n.0009024-98.2007.8.12.0001 284
Apelação n. 0106479-29.2008.8.12.0001 298

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0000884-43.2005.8.12.0002 323
Mandado de Segurança n. 4007330-19.2013.8.12.0000 330
Agravo de Instrumento n. 4008626-76.2013.8.12.0000 336

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0001577-69.2011.8.12.0017 340
Apelação n. 0013988-74.2011.8.12.0008 346
Agravo de Instrumento n. 4008336-61.2013.8.12.0000 355

Paschoal Carmello Leandro

Apelação n. 0039072-64.2012.8.12.0001 363
Apelação n. 0800352-39.2011.8.12.0030 372
Agravo de Instrumento n. 4008880-49.2013.8.12.0000 378

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0800200-24.2011.8.12.0019 382
Apelação n. 0000147-52.2010.8.12.0006 389
Apelação n. 0138226-31.2007.8.12.0001 398

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0000815-37.2008.8.12.0024 410
Apelação n. 0080600-93.2003.8.12.0001 416
Apelação n. 0820416-26.2012.8.12.0001 419

Vilson Bertelli

Apelação n. 0600208-42.2012.8.12.0021 424
Apelação n. 0800132-98.2011.8.12.0011 426
Apelação n. 0802152-49.2012.8.12.0004 428

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0000069-75.2012.8.12.0010 430
Agravo de Instrumento n. 4000877-08.2013.8.12.0000 434
Agravo de Instrumento n. 4004248-77.2013.8.12.0000 438

***

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Agravo de Execução Penal n. 0007824-93.2007.8.12.0021 444
Apelação n. 0036713-15.2010.8.12.0001 447
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0802348-16.2012.8.12.0005/50000..... 457

Dorival Moreira dos Santos

Ação Penal – Procedimento Ordinário n. 0012503-97.2010.8.12.0000 461
Recurso Em Sentido Estrito n. 0014597-78.2011.8.12.0001 492
Habeas Corpus n. 4009003-47.2013.8.12.0000 498

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0031471-07.2012.8.12.0001 505
Apelação n. 0814205-08.2011.8.12.0001 513
Habeas Corpus n. 1602258-53.2013.8.12.0000 522

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0000080-46.2009.8.12.0031 527
Apelação n. 0074001-94.2010.8.12.0001 533
Apelação n. 0500726-22.2006.8.12.0025 541

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0001477-98.2009.8.12.0045 546
Apelação n. 0003759-94.2008.8.12.0029 554
Apelação n. 0007170-67.2011.8.12.0021 557

Maria Isabel de Matos Rocha

Agravo de Execução Penal n. 0003510-31.2012.8.12.0021 560
Apelação n. 0030535-16.2011.8.12.0001 563
Apelação n. 0017980-98.2010.8.12.0001 578

Romero Osme Dias Lopes

Agravo de Execução Penal n. 0005724-97.2013.8.12.0008 591
Apelação n. 0020314-71.2011.8.12.0001 595
Habeas Corpus n. 4008596-41.2013.8.12.0000 601

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação n. 0002576-25.2006.8.12.0008 608
Habeas Corpus n. 4005626-68.2013.8.12.0000 611
Habeas Corpus n. 40110001-50.2013.8.12.0000..... 616

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Cessão de direitos. Imóvel rural. Ascendente e descendente. Instrumento particular. Não revestido da forma prescrita em lei. Escritura pública. Ausência de consentimento dos demais herdeiros. Intenção de doação. Ato simulado. Nulidade da alienação (0000884-43.2005.8.12.0002) 323

Decisão administrativa. Multa aplicada pelo Procon. Redução. Valor desarrazoado e desproporcional. (0070460-87.2009.8.12.0001).....249

Instauração de sindicâncias. Processo administrativo disciplinar. Punição. Intervenção judicial. Inadmissibilidade (0138226-31.2007.8.12.0001) 398

Ação civil pública

Ato de improbidade administrativa. Recebimento de diárias. Ausência de comprovação das viagens no interesse da administração. Devolução dos valores pagos (0002102-51.2011.8.12.0017).....070

Ação de busca e apreensão

Extinção do processo. Abandono da causa. Intimação pessoal do autor. Aviso de recebimento. Inaplicabilidade da Súmula 240 do STJ (0124261-49.2008.8.12.0001/50000) 143

Venda antecipada do bem. Necessidade de autorização judicial. Restituição dos valores obtidos com a venda. Purgação da mora (0027935-56.2010.8.12.0001) 058

Ação de cobrança

Indenização securitária. Prescrição. Afastada. Suicídio. Período de carência. Prova da premeditação. Necessidade. Dano moral não caracterizado (0045138-60.2012.8.12.0001) 240

Seguro DPVAT. Despesas médico-hospitalares. Indenização devida (0000069-75.2012.8.12.001) 430

Seguro DPVAT. Vício de consentimento. Não ocorrência. Anulabilidade do termo de renúncia. Direito disponível (0802152-49.2012.8.12.0004).....428

Ação de desapropriação

Imissão provisória. Impugnação ao valor da indenização. Avaliação judicial prévia. Necessidade (4008626-76.2013.8.12.0000) 336

Ação de sobrepartilha

Partilha de bens sonegados. Separação judicial. Prescrição. Art. 205 do Código Civil. Não cofiguração (0800172-87.2011.8.12.0041).....266

Ação monitória

Petição inicial. Indeferimento liminar. Inadequação da via eleita (0600208-42.2012.8.12.0021) 424

Ação previdenciária

Aposentadoria rural por idade. Natureza não acidentária. Ação decidida pela justiça estadual. Competência recursal do Tribunal Regional Federal (0003249-92.2009.8.12.0014).....038

Ação reivindicatória

Ilegitimidade passiva ad causam. Acolhida (0000798-65.2011.8.12.0001) 105

Advogado

Execução. Arrematação. Honorários advocatícios. Atitude temerária. Ato atentatório da dignidade da justiça. Litigância de má-fé (4008880-49.2013.8.12.0000).....378

Alimentos

Ação revisional. Binômio necessidade-possibilidade. Redução. Impossibilidade (0802083-08.2012.8.12.0007) 237

Execução. Prisão civil. Medida extrema. Abertura de prazo. Necessidade (4004248-77.2013.8.12.0000).....438

Exoneração. Maioridade. Necessidade. Não comprovação (0800843-70.2010.8.12.0001).....079

Audiência

Alimentos gravídicos. Juntada do mandado de citação. Cerceamento de defesa. Possibilidade (0800106-39.2013.8.12.0041) 115

Compra e venda

Compromisso. Cessão em contrato de gaveta. Revisão de cláusulas contratuais. Exigências legais não preenchidas. Ilegitimidade do cessionário (0052866-26.2010.8.12.0001) 245

Resolução antecipada. Incidência do princípio do adimplemento substancial. Resolução do contrato. Medida desproporcional. Ônus substanciais. Princípio da causalidade (0001272-33.2011.8.12.0002).....273

Concurso público

Delegado de polícia. Prova objetiva. Erro grosseiro da banca examinadora. Nulidade de questão. Possibilidade de correção pelo Judiciário (4006872-02.2013.8.12.0000) 065

Consumidor

Ação coletiva. Plano de saúde. Cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Cláusula abusiva. (0000147-52.2010.8.12.0006) 389

Cumprimento de sentença

Inexistência de bens. Desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade (4000877-08.2013.8.12.0000) 434

Contrato de gaveta

Vide Compra e venda. Compromisso. Cessão em contrato de gaveta. Revisão de clausulas contratuais.

Contrato de pecúlio

Restituição das contribuições pagas. Impossibilidade. Contrato aleatório. Cobertura de risco durante a vigência do contrato (0030029-11.2009.8.12.0001).....205

Dano moral e material

Transferência de veículo com adulteração de chassi. Vistoria realizada pelo Detran. Responsabilidade. Dever de indenizar configurado (0001181-86.2011.8.12.0019) 049

Embargos à execução

Plantação de cana de açúcar. Alterações climáticas. Teoria da imprevisão. Rejeitada. Multa. Redução. Indeferida (0820416-26.2012.8.12.0001) 419

Embargos de terceiro

Confusão patrimonial. Impenhorabilidade. Bens utilizados no exercício da profissão. Penhora. Nulidade (0001577-69.2011.8.12.0017).....340

Execução fiscal

Exceção de pré-executividade. Locação de bens móveis. Ofensa à coisa julgada. Reconhecimento. Extinção do processo sem julgamento do mérito (0080600-93.2003.8.12.0001).....416

Imunidade tributária. Autarquia. Art. 150, § 2º da Constituição Federal. Ônus da prova (0903362-89.2011.8.12.0001) 213

Indenização

Agressões verbais em público. Mensagens enviadas por celular. Dano moral configurado. Indenização devida (0800200-24.2011.8.12.0019) 382

Cobrança indevida. Contratação de serviços de internet. Impossibilidade de utilização. Restituição em dobro (0018609-09.2009.8.12.0001) 110

Corte indevido no fornecimento de água. Conduta ilícita demonstrada. Dano moral configurado. Indenização devida (0013988-74.2011.8.12.00080) 346

Devolução de cheque. Falha na prestação de serviço. Ato ilícito configurado. Dano moral caracterizado (0206903-08.2010.8.12.0002).....228

Furto de veículo. Estacionamento de instituição de ensino. Denunciação da lide. Impossibilidade. Dano moral. Indenização devida. Quantum mantido (0029949-81.2008.8.12.0001) 223

Manutenção indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Dano moral. Indenização devida (0045505-21.2011.8.12.0001) 126

Prisão indevida. Homônimo. Danos morais in re ipsa. Indenização devida. Valor razoável e proporcional (0002340-91.2011.8.12.0010).....095

Tutela antecipada. Pensionamento mensal. Morte por eletroplessão. Responsabilidade objetiva da concessionária. Indenização devida (4008571-28.2013.8.12.0000) 100

Utilização de imagem. Comercialização de produto. Ausência de consentimento. Dano moral configurado. Indenização devida. (0803844-89.2012.8.12.0002/50000) 196

Voo internacional. Extravio temporário de bagagem. Dano material e moral configurado. Indenização devida (0048125-40.2010.8.12.0001).....257

Intimação

Pluralidade de advogados. Ausência de pedido expresso. Validade da publicação em nome de qualquer deles. Possibilidade (4010013-29.2013.8.12.0000/50000).....084

Mandado de Segurança

Averbação de tempo de serviço. Empresa pública. Regime de direito privado. Servidora celetista. Ascensão e progressão funcional. Impossibilidade (4007330-19.2013.8.12.0000).....330

Candidata menor de 18 anos aprovada no ENEM. Certificado antecipado de conclusão do ensino médio. Direito líquido e certo. Ordem concedida (4006250-20.2013.8.12.0000/50000).....154

Remoção de servidor. Local de residência do cônjuge. Inexistência dos requisitos previstos no art. 37 da Constituição Estadual (0006511-84.2012.8.12.0001).....041

Obrigação de fazer

Tutela de urgência. Fornecimento gratuito de medicamento. Astreintes. Direito à vida e à saúde. Dever do Estado (4002289-71.2013.8.12.0000/50001).....147

Plano de saúde

Tratamento médico. Recusa de cobertura. Cláusula contratual restritiva. Nulidade. Dano moral. Configuração. Indenização devida (0039072-64.2012.8.12.0001).....363

Protesto

Cancelamento. Cheque. Prazo prescricional. Ação monitória. Danos morais. Indenização indevida (0800132-98.2011.8.12.0011).....426

Reintegração de posse

Posse justa. Comodato. Permissão de uso. Esbulho não caracterizado (0000815-37.2008.8.12.0024) 410

Relação de consumo

Empresa de telefonia. Inversão do ônus da prova. Cabimento (4002319-09.2013.8.12.0000/50000).....201

Responsabilidade civil

Acidente de trânsito. Lesão corporal. Viatura do Samu. Invasão de preferencial. Responsabilidade objetiva. Danos estéticos e morais configurados. Indenização devida (0802309-62.2011.8.12.0002) 136

Acidente em rodovia. Culpa concorrente. Pensão vitalícia. Atualização do valor da apólice. Dano moral. Configuração. Indenização devida (0009695-58.2006.8.12.0001).....183

Dano material em condomínio. Inexistência de ato ilícito. Ação reconvencional. Danos morais. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0106479-29.2008.8.12.0001) 298

Reparação de Danos materiais, morais e estéticos. Procedimento estético mal sucedido. Bioplastia. Aplicação de produto duvidoso. Indenização devida (0009024-98.2007.8.12.0001) 284

Seguro de vida

Ação de cobrança. Prescrição. Afastada. Suicídio. Premeditação não comprovada. Direito a cobertura (0029248-86.2009.8.12.0001).....044

Tributário

Transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa. Inocorrência de fato gerador. Não incidência do ICMS (0000964-13.2011.8.12.0029) 120

Tutela antecipada

Divulgação de fatos. Suposto erro médico. Veiculação de imagem sem prévia autorização. Requisitos autorizadores presentes (4008336-61.2013.8.12.0000) 355

Usucapião

Ausência de memorial descritivo do imóvel. Substituição por croqui. Possibilidade (4008589-49.2013.8.12.0000) 217

Imóvel em nome de pessoa falecida. Inventário em andamento. Ausência de citação do inventariante. Processo nulo a partir da citação (0000684-03.2010.8.12.0021).....252

Requisitos não comprovados. Posse precária. Ausência de animus domini (0002069-31.2010.8.12.00060) 089

Vereador

Ação civil pública. Lei municipal. Indenização por participações em sessões extraordinárias. Inconstitucionalidade declarada. Efeito *ex tunc* (0800352-39.2011.8.12.0030).....372

***

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Crime ambiental

Habeas Corpus. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal. Verificado. Ordem concedida (4009003-47.2013.8.12.0000) 498

Crime de ameaça

Violência doméstica. Retratação da vítima. Ausência de condição específica da ação (0020314-71.2011.8.12.0001) 595

Crime de falsa perícia

Laudo cadavérico. Exame de corpo de delito. Dolo eventual. Concurso material. Condenação mantida (0012503-97.2010.8.12.0000).....461

Crime de injúria racial

Racismo. Ofensa à honra. Discriminação em razão da cor. Delito caracterizado (0003759-94.2008.8.12.0029) 554

Crime de tortura

Delito de maus tratos. Desclassificação. Possibilidade (0001477-98.2009.8.12.0045).....546

Crime de trânsito

Homicídio. Laudo pericial. Conduta culposa. Invasão da pista contramão de direção. Embriaguez. Dolo eventual. Não configuração (0014597-78.2011.8.12.0001).....492

Homicídio culposo. Velocidade incompatível para o local. Ação típica. Imprudência (0002576-25.2006.8.12.0008) 608

Crime militar

Desobediência. Art. 301 do CPM. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal. Verificado. Embriaguez voluntária. Actio libera in causa. Redução da pena-base. Não acolhimento. (0031471-07.2012.8.12.0001).....505

Execução penal

Autorização para trabalho externo. Regime domiciliar. Agravante no regime semiaberto. Não cumprimento dos critérios objetivos do art. 117 da LEP (0003510-31.2012.8.12.0021) 560

Execução penal

Estrangeiro em situação irregular no país. Trabalho externo. Progressão de regime. Livramento condicional. Possibilidade (0005724-97.2013.8.12.0008) 591

Posse de telefone celular. Falta grave. Configuração (0802348-16.2012.8.12.0005/50000).....457

Furto qualificado

Violação de domicílio. Desclassificação. Dolo comprovado. Conduta típica (0007170-67.2011.8.12.0021)....557

Homicídio culposo

Acidente de trânsito. Absolvição. Materialidade e autoria. Comprovação. Suspensão da habilitação para dirigir. Possibilidade (0000080-46.2009.8.12.0031) 527

Indulto

Pena de multa. Competência do juízo das execuções penais. (0007824-93.2007.8.12.0021).....444

Júri

Tentativa de homicídio. Desclassificação. Lesão corporal. Decisão contrária à prova dos autos. Novo julgamento**.** Impossibilidade **(**0500726-22.2006.8.12.0025) 541

Posse de arma de fogo

Trancamento da ação penal. Possibilidade. Flagrante ilegal. Violação de domicílio. Prova ilícita (4008596-41.2013.8.12.0000) 601

Prisão civil

Execução de alimentos. Cumprimento no regime aberto. Possibilidade (4005626-68.2013.8.12.0000).....611

Prisão preventiva

Estupro de vulnerável. Instrução ainda não concluída. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal existente. Ordem concedida (1602258-53.2013.8.12.0000) 522

Violência doméstica. Medida protetiva de urgência. Descumprimento. Indispensabilidade da medida extrema. Não evidenciada (40110001-50.2013.8.12.0000) 616

Roubo qualificado

Absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Pena-base. Adequada. Causas de aumento pertinentes ao emprego de arma e concurso de agentes. Mantida. Reincidência. Regime inicial fechado. (0017980-98.2010.8.12.0001).....578

Estupro. Absolvição quanto ao roubo. *Animus furandi* não evidenciado. Condenação mantida. Compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Possibilidade (0030535-16.2011.8.12.0001) 563

Violência doméstica

Ameaça. Absolvição. Autoria e materialidade. Comprovação. Princípio da bagatela imprópria. Inaplicabilidade. Substituição da pena por restritivas de direito. Incabível (0074001-94.2010.8.12.0001).....533

Injúria. Absolvição. Descabimento. Perdão não caracterizado. Condenação mantida (0814205-08.2011.8.12.0001) 513

Lesão corporal. Recebimento da denúncia. Desnecessidade de fundamentação. Autoria e materialidade demonstradas. Crime configurado. Substituição da pena por restritiva de direitos. Impossibilidade (0036713-15.2010.8.12.0001) 447

Violação de domicílio

Vide Posse de arma de fogo

***