Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 36 - n. 196
Abril a Junho de 2015



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 36 - n. 196 - Abril - Junho de 2015

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 36, n. 196

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. 196 (2015)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2015 - .

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

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

Diretoria

Presidente - Des. João Maria Lós

Vice-Presidente - Des. Paschoal Carmello Leandro

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Julizar Barbosa Trindade

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélio Stábile

Dr. Jairo Roberto de Quadros (Juiz designado)

Dr. José Ale Ahmad Netto (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

Julgamento monocrático de apelações criminais: aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ao Processo Penal

José Henrique Kaster Franco 007

Jurisprudência Cível..... 013

Jurisprudência Criminal..... 497

Noticiário 673

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 714

Jurisprudência Criminal 717

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 720

Jurisprudência Criminal 725

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE APELAÇÕES CRIMINAIS: APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL

José Henrique Kaster Franco[1]

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tratará de analisar entendimento jurisprudencial que permite a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ao Processo Penal.

A jurisprudência, incluída a dos tribunais superiores, passou a permitir, valendo-se do argumento da analogia, que o relator julgue *monocraticamente* recursos na seara criminal com base em dispositivo previsto somente no Código de Processo Civil.

Cuidaremos de averiguar, em primeiro momento, se as lacunas podem ser admitidas, isto é, se se admite a existência de lacunas em nosso ordenamento. A seguir, o problema será a constatação e o preenchimento, ou seja, se o entendimento jurisprudencial em questão realmente trata de uma hipótese de lacuna e se, por consequência, a analogia é admissível nos casos ali apontados.

2 DISPOSITIVOS LEGAIS E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O artigo 557 do Código de Processo Civil tem a seguinte redação:

> *Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)*
>
> *§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)*

Atentemos agora para o artigo 3º do Código de Processo Penal:

> *Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.*

O entendimento jurisprudencial que mencionamos aplica o artigo 557 do Código de Processo Civil com base justamente no artigo 3º do Código de Processo Penal. Para a jurisprudência, está-se diante de uma lacuna, que admite o apelo à integração por meio da analogia:

> *EMENTA. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. REFORMATIO IN PEJUS. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.*

1 Especialista em Ciências Penais. Mestre e Doutorando em Direito Penal Pela PUC/SP. Professor no Programa de Pós-Graduação da PUC/PR. Professor na ESMAGIS/MS. Juiz de Direito /MS.

> *1. Reformatio in pejus ocorre quando há reforma da decisão recorrida desfavoravelmente à Defesa sem que tenha havido recurso da Acusação, o que não se verifica na hipótese dos autos, em que foi dado provimento ao recurso especial interposto pelo Parquet.*
>
> *2. Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir sobre a admissibilidade do recurso especial. Não cabe habeas corpus , como regra, para rever decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à admissibilidade do recurso especial. Violação no especial da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça não reconhecida.*
>
> *3.* ***O julgamento monocrático de recurso ou de ação de impugnação no âmbito dos Tribunais é válido quando amparado em jurisprudência consolidada. O art. 557, § 1-A, do Código de Processo Civil é aplicável ao processo penal em vista do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal.***
>
> *4. Pleito de desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para roubo qualificado não conhecido à falta de submissão ao conhecimento das instâncias anteriores.*
>
> *5. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegado*[2].

O mesmo entendimento tem sido adotado no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais locais, com base no qual um único desembargador de um tribunal estadual tem dado provimento, ou improvimento, a uma apelação criminal sem submeter a matéria ao colegiado.

3 UTILITARISMO

No corpo do acórdão que mencionamos, a Ministra Relatora deixa entrever o real fundamento para a aplicação da analogia no caso sub examine: "*diante da enorme carga processual dos Tribunais Superiores, constitui medida salutar e compatível com a exigência da duração razoável do processo*".

Note-se, contudo, que a permissão de julgamento monocrático tem sido adotada, como mencionamos, não somente nos Tribunais Superiores, mas também nos locais[3].

O objetivo, por conseguinte, como deflui das palavras constantes do arresto, é desafogar os tribunais.

Embora a confusão do *bom* com *útil* remonte a Epicuro[4] , na primeira metade do Século XIX, Jeremy Bentham, de Oxford, fundou a doutrina conhecida por Utilitarismo, no âmbito do qual o valor de uma ação, seu erros ou acertos, devem ser julgados inteiramente em razão de suas consequências. As ações, portanto, devem ser medidas em virtude de sua utilidade, de sua aptidão de gerar consequências: "*o maior bem para o maior número de pessoas*"[5].

Sua doutrina pode assim ser sintetizada: se os benefícios de uma determinada ação forem maiores do que os custos, será útil, isto é, produzirá mais felicidade do que dor[6].

Bentham tinha preocupações sociais, com a probreza e a justiça das decisões. Em Direito Penal, por exemplo, ensinava que a pena deveria ter seu limite máximo na utilidade, o *quantum* da pena jamais poderia ultrapassar o suficiente para frear o crime, sem imposição de sofrimentos desnecessários.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 107.190, relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 4.6.13.

3 Por exemplo: TRF da 3ª Região - Apelação Criminal 0010284-46.2011.4.03.6181.

4 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1172.

5 MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 182-3.

6 SANDEL. Michael J. *Justiça*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p.48. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.74.

Ainda que valiosas em determinado momento histórico, as lições de Bentham não podem ser tomadas por um prisma reducionista, a partir do qual as decisões judiciais buscam fundamentação na pragmática intenção de resolver problemas cotidianos, como a precária estrutura dos tribunais.

Evidentemente as decisões judiciais, em um sistema que prima por outros valores (direito é fato, valor e norma[7]), deveriam estar atentas ao conjunto desses valores que informam o ordenamento jurídico.

Um dos valores primordiais a que nos referimos é a dignidade da pessoa humana, que serve de antítese ao Utilitarismo. A origem moderna do princípio da dignidade da pessoa humana parece residir em Kant[8], para quem a pessoa jamais poderia ser instrumentalizada, usada por alguém como meio para a consecução de fins, legítimos ou não. Para o filósofo alemão, "no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não tem equivalente, então ela tem dignidade".

Garantir a observância desse princípio, tido como fundamento da República pela Constituição, significa tomar a pessoa como fim em si mesma, porque portadora de um valor absoluto, inato a todo o ser humano simplesmente porque é humano: a dignidade. A pessoa, enquanto centro de irradiação de direitos, é o núcleo e a preocupação principal do ordenamento jurídico.

Em síntese, a "utilidade" de uma decisão é argumento perigoso, e serve para dar vazão às idiossincrasias do operador do Direito, transformando o ordenamento em campo para decisões de ocasião, conforme o senso de necessidade da autoridade de plantão.

4 EXISTEM LACUNAS?

Antes de se admitir o uso da analogia, deve-se admitir que existam, pelos menos em tese, lacunas no ordenamento jurídico, pois não há analogia sem lacuna. Necessário ressaltar que o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro permite que o juiz decida de acordo com a anologia apenas se a lei for omissa[9].

Nessa linha, a existência de lacunas deve ser analisada de acordo com a concepção adotada de sistema normativo.

No magistério de Maria Helena Diniz, temos que "*o fenômeno da lacuna está correlacionado com o modo de conceber o sistema. Se se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo de experiência sem ser condicionada pela própria experiência, o problema da existência de lacunas fica resolvido, para alguns autores, de forma negativa, porque há uma regra que diz que 'tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido', qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório nem proibido. Essa regra genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta; daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência, nesse sistema que é manifestação de uma unidade perfeita e acabada, ganhando o caráter de ficção jurídica necessária*"[10].

Hans Kelsen vê o sistema normativo como fechado e completo, ordenado normativamente por regras de competência, portanto admite apenas a existência de lacunas políticas - aquelas em que se pode questionar a justiça da decisão dada pelo legislador -, mas não a existência de lacunas normativas[11]:

7 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 497-507.

8 *Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 77.

9 Art. 4º, Lei 12.376/10: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

10 *As Lacunas no Direito*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.27.

11 *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.171-2

> *Uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo fato de tal conduta não lhe ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido - sob certas condições - como uma "lacuna" da ordem jurídica.*
>
> *O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma "lacuna" no Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica - e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída.*

Necessário atentar para um ponto primordial: a regra de ouro kelseniana, segundo a qual tudo o que não é proibido é permitido, não passa de lógica, isto é, não se trata de uma norma jurídica, logo o sistema jamais será completo. Nessa esteira, outros jusfilósofos, como Miguel Reale, por exemplo, veem o sistema jurídico como aberto, incompleto, dinâmico e prospectivo, funcionando com base em relação de importação e exportação entre normas, fatos e valores. Para Reale, o sistema do direito é formado de três subsistemas: a) subsistema normativo; b) subsistema fático; c) subsistema valorativo. Esses subsistemas dialogam entre si, são interdependentes, e havendo desordem em algum deles, há lacuna. Se há fatos em relação a valores, mas não há norma que os regule, há lacuna normativa. Havendo normas relacionadas a valores, mas ausência de efetividade no mundo dos fatos, há lacuna ontológica. Por fim, havendo fato e norma, que esteja contudo em descompasso com valores, uma norma injusta, há lacuna axiológica. As lacunas, entretanto, são sempre provisórias, pois um subsistema pode socorrer o outro, com o que se alcança a unidade dos múltiplos conjuntos.[12]

Não há, em verdade, como inadmitir a existência de lacunas, sob pena de o Poder Legislativo não ter razão de ser. Admitir a existência de lacunas é admitir um direito vivo, aberto às mudanças sociais que devem ser recebidas pelo sistema[13]. Admitir lacunas também é necessário para que se limite a atividade do aplicador, que poderá utilizar somente métodos de integração previstos no próprio ordenamento, de modo a regular-se a atividade discricionária do juiz[14].

Por último, não se olvide que relegar o problema das lacunas ao aplicador do direito não ataca o cerne da questão, porquanto o aplicar equaciona a lacuna em face do caso concreto, mas o problema persiste em nível de ordenamento, e só pode ser definitivamente solucionado com a interferência do legislador.

5 EXISTE LACUNA NO PROCEDIMENTO DE JULGAMENTO DE RECURSOS PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL?

Admitida a existência de lacuna, o aplicador deve constatar ou não sua existência na situação examinada.

12 DINIZ. Maria Helena. *As Lacunas no Direito*, p.73-5.

13 Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 119-23.

14 DINIZ. Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.478.

Na dicção de Maria Helena Diniz, "*os mecanismos de constatação da lacunas são, concomitantemente, de integração. A constatação e o preenchimento são aspectos correlatos. Correlatos porque o preenchimento pressupõe a constatação, e esta, os meios de colmatação*"[15].

Na situação que nos propusemos a examinar neste trabalho, a jurisprudência aplica o Código de Processo Civil ao campo penal com base em analogia, conforme a previsão do já transcrito artigo 3º do Código de Processo Penal.

Entretanto, analogia "*consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado*"[16].

Fixado o conceito de analogia, o primeiro requisito para sua aplicação é tão óbvio quanto intuitivo: para que se aplique a analogia, deve haver uma lacuna, isto é, o caso a ser julgado não pode estar previsto em norma jurídica.

Se não há lacuna, não pode haver apelo para a analogia.

O Código de Processo Penal regula, direta e especificamente, o processo e o julgamento de apelações. O artigo 615 é expresso ao afirmar que o tribunal decidirá por maioria de votos[17]. Há, deveras, previsão clara de julgamento colegiado.

Não há, por conseguinte, lacuna alguma a ser preenchida. Se não há lacuna, incabível analogia.

E não se olvide de uma regra simples, mas muitas vezes negligenciada por aqueles que se deixam levar por um imprudente ativismo judicial: a lei vigente, como produto do Poder Legislativo, não pode deixar de ser aplicada, exceto se declarada inconstitucional, o que, em nível de tribunal, somente pode se dar pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial, conforme o art. 97 da Constituição da República.

E mais, processo penal e processo civil são ontologicamente diversos. O processo civil tem por escopo primordial regular relações e litígios intersubjetivos, mesmo quando o Estado está presente, ao passo que o processo penal visa a regular a aplicação de uma pena. Os princípios regentes são diversos, as relações de ordenação entre as normas idem. São sistemas diversos, com premissas e fins diversos.

Note-se que a analogia funda-se justamente na *igualdade*, vez que o ponto nodal é aplicar uma norma a um determinado caso semelhante, desde que presentes "igualdade de razões". Na lição de Reale, "*pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposições nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)*"[18].

A julgar pelo entendimento jurisprudencial que agora examinamos, haveria igualdade bastante entre os processos civil e penal para autorizar a aplicação da analogia a diversas situações, afinal não haveria razão lógica para ser aplicada apenas no campo dos julgamentos colegiados de recursos. Por exemplo, um juiz criminal poderia julgar antecipadamente a lide quando a denúncia viesse acompanhada de provas materiais irrefutáveis. Ou poderia decretar a revelia plena. Pior: poderia antecipar os efeitos da tutela e mandar prender o réu desde o início da demanda. Poderia admitir agravos. E se o defensor quedasse silente, o Ministério Público estaria livre do ônus da prova.

Os exemplos de disparidade são infindáveis.

15 *Idem*, p.480.

16 *Idem, ibidem*.

17 Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos.

18 *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 296 (grifei).

Em suma, o recurso à analogia quando ausente lacuna não só é descabido, mas inverte a lógica do processo penal e abre um precedente perigoso, de confusão entre sistemas, com inegável prejuízo à segurança e à razoabilidade no trato do direito.

6 CONCLUSÃO

Um sistema que não admite lacunas é fadado ao envelhecimento precoce, ao distanciamento com os valores e fatos que devem fundamentar a produção e aplicação das normas jurídicas.

Admitida a existência de lacunas, devem ser elas constatadas e, por consequência, a desordem deve ser reparada por técnicas integrativas como a analogia.

Ao contrário, havendo norma que regule um determinado caso, não há falar em lacuna, tampouco em analogia, mesmo quando demandas utilitaristas estejam a clamar por decisões simplistas que, embora possam parecer úteis em um primeiro momento, acabam por desestabilizar o sistema jurídico, com evidente perda de legitimidade, de segurança e de justiça.

O Código de Processo Penal regula satisfatoriamente o procedimento para julgamento de apelações, pois exige expressamente o julgamento colegiado, de modo que não há lacuna a autorizar a aplicação analógica do Código de Processo Civil, não sendo razoável admitir a autorização para que o relator dê provimento ou improvimento, monocraticamente, a este recurso, em franco prejuízo à lei vigente, que só pode ser afastada mediante declaração de inconstitucionalidade, que no âmbito dos tribunais somente é admissível mediante o voto da maioria dos membros da formação plena ou do respectivo órgão especial.

7 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *As Lacunas no Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação n. 0804861-69.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO – CONCURSO PÚBLICO – REALIZAÇÃO DE EXAME PSICOLÓGICO PREVISTO EM LEI – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DO CERTAME – PREVISÃO EDITALÍCIA QUE MENCIONA APENAS A REALIZAÇÃO DE PROVA OBJETIVA E PROVA DE TÍTULOS – ILEGALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida a previsão legal e também deve constar no Edital do Certame. Os referidos requisitos devem se apresentar concomitantemente, sendo certo que a ausência de um desses torna ilegal a exigência do exame.

A previsão de exame de aptidão mental apenas em lei municipal, não é apta a eliminar candidato do certame, se tal critério não estava previsto expressamente no edital.

É necessária a publicidade prévia dos critérios objetivos de avaliação utilizados, pois trata-se de meio de oportunizar ao candidato a ciência das informações necessárias, bem como garante a isonomia nas avaliações e a justiça dos resultados.

Recursos conhecidos e improvidos.

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, contra o parecer, negar provimento ao recurso, em sede de reexame necessário mantiveram a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de abril de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela Secretária de Administração do Município de Três Lagoas (Janaína F. S Ávila Lunardi) e pela Prefeita Municipal de Três Lagoas, em face da sentença proferida pelo Juiz da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Três Lagoas-MS, que, nos autos de mandado de segurança n. 0804861-69-2013.8.12.0021, anulou o resultado do exame psicológico e determinou a nomeação e posse da apelada/impetrante no cargo público de especialista de educação do município de Três Lagoas, respeitando a ordem de classificação final do certame aberto pelo edital n.º 001/2009.

Sustentam as apelantes que o art. 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), bem como o art. 7º da Lei 2.120/2006, afirmam que a investidura em cargo público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo que a apelada/impetrante, em decorrência da conclusão de exame psicológico, foi considerada inapta para o desempenho das atividades pertinentes ao cargo.

Afirmam que a Lei Municipal n.º 2.120/06 dispõe em seu art.19, parágrafo único que, somente será empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo, sendo tal exigência explicitada no edital de abertura do certame (item 8.4)

Acrescentam que o exame psicológico admissional além de legal é de suma importância para o bom desempenho dos servidores, inclusive para as atividades do cargo em especialista em educação.

Argumentam ainda que, os exames psicológicos realizados pelo Município a fim de comprovar a capacidade laborativa da candidata é amparado por lei e esta previsto em edital, não havendo que se falar em nulidade dos exames.

Requerem ao final que seja dado provimento ao recurso, a fim de reformar a sentença prolatada pelo juízo *a quo,* declarando legal a cláusula do edital de abertura do concurso que exige o exame psicológico admissional, bem como declarar que não houve irregularidade na realização do referido exame, extirpando assim a condenação do Município que determinou a nomeação e posse da apelada/impetrante.

A apelada/impetrante apresentou as contra-razões ao recurso às fls. 226/240, defendendo a manutenção da sentença guerreada, bem como prequestionando os arts.5º, *caput*, II, XXXIII, XXXIV, LV §2º, e art.37, *caput*, II, art. 41,§4º todos da CRFB.

A PGJ manifestou-se às fls.247/256, opinando pelo provimento dos recursos, com a consequente reforma da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

A Juíza da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, submete a reexame necessário a sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança n. 0804861-69-2013.8.12.0021, que julgou procedente o pedido formulados pela impetrante.

A sentença concedeu a segurança pleiteada na inicial, para anular o resultado do exame psicológico e determinar a nomeação e posse da impetrante/apelada no cargo público de especialista de educação do Município de Três Lagoas, respeitada a ordem de classificação final do certame aberto pelo edital n.º 001/2009.

A Prefeita Municipal de Três Lagoas e a Secretária Municipal de Administração interpuseram recurso de apelação, no qual alegam em síntese que a exigência de exame psicológico encontra fundamento no art. 37, II da CRFB e art. 7º e 19, parágrafo único, da Lei Municipal n.º 2.120/06, e que por sua vez tal exigência restou explicitada no item 8.4 do Edital n.º 001/2009.

Afirmam ainda que o referido exame é de suma importância para os servidores, e em especial aqueles que pretendem desempenhar o cargo de Especialista em Educação.

A sentença deve ser confirmada.

O objeto do recurso cinge-se em examinar se o ato de eliminação da apelada/impetrante do concurso público do Município de Três Lagoas, para o cargo de especialista em educação, se encontra eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Tal eliminação teve como fundamento o resultado "INAPTO" em exame psicotécnico.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) dispõe em seu art. 37, II que:

> *II – A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego,* **na forma prevista em lei**, r*essalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.* (grifei)

O termo acima destacado deixa claro que a norma em comento não é auto-aplicável, necessitando assim de complementação oriunda do legislador infraconstitucional. Tal complementação no caso apreciado foi conferida pela Lei Municipal n.º 2.120/06, de Três Lagoas-MS.

Vejamos o que diz a Lei Municipal n.º 2.120/06, no tocante a regulamentação necessária:

> *Da Investidura e do Provimento*
>
> *ARTIGO 7º* ***A investidura em cargos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos****, ressalvando-se as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.*
>
> *ARTIGO 8º São requisitos básicos para investidura em cargo público do quadro permanente do Município:*
>
> *I - a nacionalidade brasileira, salvo exceção estabelecida em legislação federal autorizada pela Constituição Federal;*
>
> *II - o gozo dos direitos políticos;*
>
> *III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;*
>
> *IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;*
>
> *V - idade mínima de 18 (dezoito) anos;*
>
> *VI - aptidão física e mental.*
>
> *§ 1º. As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.*
>
> *§ 2º. Às pessoas portadoras de necessidades especiais é assegurado o direito de se inscreverem em concurso público para provimento de cargos, cujas atribuições sejam compatíveis com a sua condição, às quais serão reservadas até 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em concurso.*
>
> *§ 3º. O edital de cada concurso especificará as condições quanto à compatibilidade e quanto ao número de vagas reservadas aos candidatos portadores de necessidades especiais e, caso não sejam totalmente preenchidas, serão ocupadas por outros candidatos selecionados para o mesmo cargo.*
>
> *(...)*

Seção III Do Concurso Público

ARTIGO 15 O concurso público será de provas ou de provas e títulos, conforme se dispuser em lei e regulamento, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital.

ARTIGO 16 O concurso público, que poderá abranger diferentes cargos, terá a validade que o edital estabelecer, dentro dos limites constitucionais, e poderá ser realizado para suprir vagas existentes e estimativas de vagas para um período não superior a 02 (dois) anos.

§ 1º. Todas as condições do concurso público serão fixadas em editais, que serão publicados na íntegra em jornal de grande circulação no Município, devendo também ser publicados em extrato no Diário Oficial do Estado.

§2º. O edital de cada concurso deverá especificar o número de vagas previstas e o pré-requisito para ingresso em cada cargo, assim como a carga horária e o vencimento.

§ 3º. Dentro do prazo de validade do concurso público, em atendimento ao interesse administrativo e ao princípio da economicidade, o Chefe do Poder Executivo Municipal poderá convocar outros candidatos aprovados, obedecida a ordem de classificação, desde que existam vagas disponíveis ou surjam outras, em virtude de vacância ou criação por lei.

Seção IV Da Posse

(...)

ARTIGO 19 A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial.

Parágrafo Único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo.

ARTIGO 20 Ao tomar posse o servidor deverá, através de ato do Chefe do Poder Executivo Municipal ou do Chefe do Poder Legislativo Municipal, quando for o caso, ser lotado em setor conveniente à administração e condizente à função a ser exercida.

Pois bem, de fato a Lei Municipal n.º 2.120/06 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Município de Três Lagoas/MS), estabeleceu normas para a investidura em cargo público, constando a necessidade de avaliação médica oficial e aptidão física e mental.

No entanto, a mesma lei determina que o concurso público deverá atender à lei e a regulamento (art.15, *caput*), bem como que todas as condições do concurso público serão fixadas em editais, que serão publicados na íntegra em jornal de grande circulação no Município, devendo também ser publicados em extrato no Diário Oficial do Estado (art.16, §1º).

Compulsando os autos, verifica-se que o Edital de n.º 001/2009 – Concurso Público de Provas e Títulos para o Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Três Lagoas – MS, traz em seu bojo a previsão de duas fases para o certame em questão, a saber: Provas escritas objetivas (de caráter eliminatório e classificatório) e Prova de Títulos (de caráter classificatório, para os candidatos aprovados nas Provas Escritas Objetivas).

A necessidade de realização de exames é mencionada apenas no item 8.4 do Edital, que assim dispôs: "*Para tomar posse, o candidato nomeado e convocado fica sujeito à aprovação em exame médico-pericial realizado por uma junta médica indicada pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas/MS*"

Em que pese a menção ao referido exame médico-pericial, tal citação não é apta aos fins a que se destina. Isso porque, para eliminação de candidato em certames, o edital do concurso deve mencionar os critérios objetivos da avaliação psicológica, o que não ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATO PRATICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. ORDEM DENEGADA. I – O art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o mandamus. II – A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa.* ***III – A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame. IV – É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios*** *V - Segurança denegada.* (STF - MS 30822 / DF - Distrito Federal - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski- Segunda Turma - Julgamento: 05/06/2012) (grifei)

A publicação dos requisitos utilizados na avaliação psicológica é necessária pois é meio de oportunizar ao candidato a ciência dos critérios adotados, bem como garante a isonomia nas avaliações e a justiça dos resultados.

Nesse ponto, trago à baila trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do AI n.º 758.533-QO-RG/MG:

> *Antiga é a Jurisprudência desta corte no sentido de que a exigência de avaliação psicológica ou teste psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos de carreira, somente é possível, nos termos da* ***Constituição Federal, se houver lei em sentido material (ato emanado do Poder Legislativo) que expressamente a autorize, além de previsão no edital do certame.***
>
> ***Ademais, o exame psicotécnico necessita de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se procede. A inexistência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios.*** (grifei)

Como bem salientou o juízo *a quo,* um dos princípios que regem a administração pública é o da legalidade, o qual determina que a administração somente pode fazer o que a lei permite. No caso de concursos públicos, além de obediência a lei pertinente – no caso em comento a Lei 2.120/06 do Município de Três Lagoas – fica a administração pública e os candidatos também vinculados ao edital do certame, que é a "Lei do Concurso".

Sendo assim, o Edital que regulamentou o Concurso Público de Provas e Títulos para o Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Três Lagoas – MS (Edital n.º 001/2009), não menciona satisfatoriamente os critérios adotados na realização do exame psicotécnico. Na verdade, não há menção expressa ao exame psicotécnico, mas sim a exame médico-pericial, necessitando portanto de uma interpretação extensiva para englobar no caso também a avaliação psicológica.

Em que pese a alegação das apelantes de que o exame psicotécnico é pautado em critérios objetivos, tais critérios não foram previamente estabelecidos no Edital, o que afasta a legalidade da exigência. Nesse sentido já se manifestou também o Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PERFIL PROFISSIOGRÁFICO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. EXISTÊNCIA. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. "Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida a previsão legal e não deve ostentar caráter subjetivo e sigiloso" (AgRg no AREsp 111.010/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/3/12). 2.* ***Hipótese em que o edital que regulou o certame em momento nenhum seguiu as diretrizes previstas no art. 6º, c e f, do Decreto-Lei2.321/87, uma vez que deixou de apontar de forma clara e objetiva quais seriam as "condições de sanidade psíquica" exigidas dos candidatos e, em especial, quais técnicas psicológicas seriam aplicáveis.*** *(...)* (STJ - REsp: 1279619 RJ 2011/0155512-8, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 04/12/2012, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 10/12/2012) (grifei)

As apelantes sustentam ainda que as atribuições do cargo são incompatíveis com o resultado apresentado no exame psicotécnico. Nesse ponto é conveniente destacar que, o contato direto com crianças dentro e fora de sala de aula não é a única, mas uma das atribuições do cargo "Especialista em Educação", conforme é possível constatar no Edital do Concurso Público de Provas e Títulos para o Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Três Lagoas – MS (Edital n.º 001/2009).

Considerando assim que o concurso ora impugnado é regido pelo Edital n.º 001/2009, e que em tal Edital não há expressamente a exigência de realização de exame psicotécnico, tampouco os critérios a serem utilizados em tal avaliação, contra o parecer da Procuradoria de Justiça, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, mantendo inalterada a sentença do juízo de primeiro grau, que anulou o resultado do exame psicológico e determinou a nomeação e posse da apelada/impetrante no cargo público de especialista de educação do Município de Três Lagoas, respeitada a ordem de classificação final do certame aberto pelo edital nº 001/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso, em sede de reexame necessário mantiveram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 07 de abril de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0814556-73.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - PAGAMENTO INTEGRAL DO CONTRATO – DEPÓSITO EXTEMPORÂNEO – PRESERVAÇÃO DO CONTRATO – OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA FÉ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O adimplemento integral do contrato, ainda que extemporaneamente ao prazo inicialmente fixado pelo juízo, não trará qualquer prejuízo ao credor, já que receberá o valor integral do contrato.

Além de buscar o cumprimento das normas legais, o julgador deve primar pela justiça em suas decisões. Os interesses sociais devem ser sopesados, uma vez que as relações estabelecidas irradiam efeitos muito além das partes.

Aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Recurso conhecido e Improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Banco Volkswagen S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pela Juíza da 17ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de busca e apreensão n. 0814556-73.2014.8.12.0001, ajuizado em face de Sidney de Oliveira Dantas, que homologou o reconhecimento jurídico do pedido, e julgou extinto o feito com resolução de mérito (art.269, II do CPC), declarando quitado o contrato objeto da ação, em razão de seu pagamento integral, e condenando o requerido/apelado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ambos já quitados nos autos.

Sustenta o apelante que a purgação da mora realizada pelo apelado, que serviu de fundamento para a sentença de fls. 119/122 foi realizada extemporaneamente, uma vez que o depósito dos valores informados ocorreu fora do prazo estipulado pelo juízo.

Afirma assim, que não pode ser reconhecida a purgação da mora, devendo ser reformada a sentença do juízo singular, afim de consolidar a propriedade do bem em favor da instituição financeira requerente.

Em que pesem os argumentos expostos não corresponderem ao objeto dos autos – referindo-se a ação cautelar de exibição de documentos - o apelado apresentou contrarrazões às fls. 166/169.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Banco Volkswagen S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pela Juíza da 17ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de busca e apreensão n. 0814556-73.2014.8.12.0001, ajuizado em face de Sidney de Oliveira Dantas, que homologou o reconhecimento jurídico do pedido havido, e julgou extinto o feito com resolução de mérito (art.269, II do CPC), declarando quitado o contrato objeto da ação, em razão de seu pagamento integral, e condenando o requerido/apelado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ambos já quitados nos autos.

Sustenta o apelante que a purgação da mora realizada pelo apelado, que serviu de fundamento para a sentença de fls. 119/122 foi realizada extemporaneamente, uma vez que o depósito dos valores informados ocorreu fora do prazo estipulado pelo juízo.

Afirma assim, que não pode ser reconhecida a purgação da mora, devendo ser reformada a sentença do juízo singular, a fim de consolidar a propriedade do bem em favor da instituição financeira requerente.

É a síntese do necessário.

Compulsando os autos e analisando as manifestações do apelado e apelante, conclui-se que o presente recurso não merece provimento.

O único argumento ao qual se apega o autor/apelante para ver reformada a sentença guerreada, é o fato de que o depósito para purgação integral da mora realizou-se após o prazo fixado pelo juízo singular. Segundo o apelante, a propriedade do bem móvel deve então ser consolidada em favor da instituição financeira, ante a preclusão do direito do apelado.

É de se observar que, apesar de na decisão de fls.112 – TJ/MS, o juiz ter determinando a intimação da requerida, ora apelada, para em 05 dias efetuar o pagamento do valor apontado pelo autor, tem-se que na sentença de fls. 119/122, o juiz considerou válido o depósito realizado, uma vez que o requerido/apelado realizou o pagamento do total em atraso corrigido, bem como o total das parcelas que estariam por vencer (conforme cálculo realizado pelo próprio autor/apelante), existindo assim, o reconhecimento jurídico do pedido.

Resta evidente que - ainda que não mencionado expressamente pelo juízo singular - a sentença ora impugnada primou pela a continuidade do da relação jurídica, tal como pactuado inicialmente. Ademais, o adimplemento integral do contrato, ainda que extemporaneamente ao prazo inicialmente fixado pelo juízo, não trará qualquer prejuízo ao credor, já que receberá o valor total do contrato.

Não se pode olvidar que, se não houvesse a inadimplência contratual que culminou na ação de busca e apreensão, o contrato somente restaria quitado em 29.10.2015 (fl. 06 TJMS). Desprezar tais fatos, e considerar a posse do automóvel consolidada em favor do apelante, seria desarrazoado, indo de encontro a princípios comezinhos do direito contratual tais como o da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Sobre a boa-fé objetiva, trago a baila os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira[1]:

1 PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. III – Contratos. Rio de Janeiro:Forense,2014. 18ª Edição. p. 20.

> *O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade.* ***Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso***.
>
> *(...)*
>
> *A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como faz a boa fé-subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar.* ***O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios***. (grifei)

No caso em análise, é possível constatar claramente a boa-fé objetiva do apelado, que realizou o pagamento integral do contrato, das custas processuais e dos honorários advocatícios. A reciprocidade é o mínimo que se pode exigir em casos assemelhados, e como já mencionado, a reforma da sentença da forma como pretendida, muito de afasta de tal meta.

A função social do contrato também não pode ser olvidada. Isso por que, além de buscar o cumprimento das normas legais, o julgador deve primar pela justiça em suas decisões. Os interesses sociais devem ser sopesados, uma vez que as relações estabelecidas irradiam efeitos muito além das partes.

A valorização da boa-fé objetiva e da função social do contrato pode ser notada quando da aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato. Tal teoria visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação do contrato, com vistas à realização dos princípios retro citados. Normalmente a teoria do adimplemento substancial é utilizada para garantir que o consumidor/devedor que já quitou a maior parte do contrato, não seja suprimido do seu bem.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

> *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)

Tal teoria inclusive e aplicada por este Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos julgados que seguem:

> *EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO - LIMINAR - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - ADIMPLEMENTO DE 31 DAS 36 PARCELAS CONTRATADAS - NORMAS GERAIS - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - RIGOR DO PEDIDO DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - LIMINAR INDEFERIDA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - À luz dos atuais posicionamentos jurisprudenciais do STJ e, ainda, considerando a crescente publicização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de relevante importância, sobre a qual o Estado-juiz não pode relegar à esfera das deliberações particulares. II - A teoria do adimplemento substancial, também denominada de substancial performance, não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, respaldando-se nos princípios da conservação, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, a teor do que dispõem os arts. 421 e 422 do atual CC. III - Demonstra-se desproporcional a pretendida usurpação da posse do agravante sobre o bem financiado, face o significativo adimplemento do contrato.* (TJMS Agravo de Instrumento n.º 1402997-73.2014.8.12.0000 – Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível – Julgamento em 28.04.2014)

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C EXTINÇÃO DE VALORES - PRETENDIDA MANUTENÇÃO DO CONTRATO - PAGAMENTO DA MAIOR PARTE DO DÉBITO - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - QUITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO - CONTRATO CUMPRIDO - RECURSO PROVIDO. Mostra-se viável a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial havendo o cumprimento significativo e expressivo das obrigações assumidas, tendo como propósito principal a preservação do interesse do consumidor contra eventuais abusos por parte do credor, sempre em observância aos princípios da função social e da boa-fé objetiva, não se admitindo, assim, a rescisão do contrato.* (TJMS – Apelação n.º 0049697-36.2007.8.12.0001 – Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – 4ª Câmara Cível – Julgamento em 28.01.2013)

Ora, se a preservação do contrato e a garantia da posse do bem é privilegiada quando há o adimplemento substancial, quem dirá quando há o pagamento integral do contrato, como ocorreu no presente caso.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação interposto por Banco Volkswagen S/A e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença do juízo singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1406999-86.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO – IMPETRANTE APROVADO, MAS AINDA CURSANDO O CURSO DE ENGENHARIA CIVIL EXIGIDO PARA O CARGO – RECLASSIFICAÇÃO PARA FIM DE FILA DOS CLASSIFICADOS – POSSIBILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Impetrante aprovado e classificado em 2º lugar, ainda cursando o curso de engenharia civil, cujo diploma e registro profissional é exigido para a investidura no cargo, pede reposicionamento para o final da fila dos classificados.

Sendo o edital do certame omisso à respeito, é juridicamente possível o atendimento pela Administração Pública Direta ou Indireta, pois uma vez concluído o curso, o reposicionamento para o final da fila dos classificados, dentro do número de vagas, desde que isso se dê uma vez, não trará qualquer prejuízo aos demais candidatos aprovados, tampouco à Administração, pois não haverá qualquer prejuízo ao erário, nem fere os princípios da Administração Pública. Pelo contrário, prestigia os princípios da economicidade e eficiência.

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 maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator, vencido o 3º Vogal. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 23 de abril de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Thiago Becker Modesto Silva ajuizou o presente mandado de segurança com pedido de liminar contra ato conjunto da Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul e do Diretor -Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - SANESUL.

Em síntese, o impetrante se inscreveu para o concurso público de provas para o quadro de pessoal da SANESUL, regido pelo edital n. 1/2013/SAD/SANESUL, almejando o cargo de engenheiro civil, tendo sido aprovado na 2ª colocação.

Afirma que no instrumento convocatório foram oferecidas 12 (doze) vagas para sua especialidade e as autoridades coatoras procederam a nomeação dos sete primeiros colocados, convocando-os para a realização do exame de aptidão mental e exame médico. Quando da publicação destes resultados, em que o

impetrante foi considerado apto, também já convocaram-se os candidatos para apresentarem os documentos devidos para a admissão no emprego público.

Ocorre, que até então, o impetrante ainda cursava o 9º semestre do curso de Engenharia Civil.

Embora o impetrante tenha solicitado junto à Universidade a antecipação da conclusão do curso, não haveria tempo hábil para a resposta.

Também solicitou junto ao Diretor-Presidente da SANESUL, a prorrogação do prazo para a apresentação dos documentos, por mais 180 dias, ou, alternativamente, sua reclassificação no concurso, passando da segunda para a décima segunda colocação no cargo de Engenheiro Civil para a cidade de Campo Grande, e também não obteve resposta.

Aduz que restou consignado no edital que os casos omissos seriam resolvidos em conjunto pelas autoridades apontadas como coatoras. No caso, não há previsão editalícia para os pedidos de prorrogação do ato de provimento e de reclassificação no concurso, e o resultado de sua solicitação foi assinada por integrantes da comissão organizadora, maculando o ato administrativo de vício formal, qual seja, a competência.

Sustenta que o remanejamento de sua colocação da 2ª para a 12ª posição não viola o direito dos demais candidatos, pois não implica preterição, bem como não acarreta qualquer prejuízo para a Administração Pública, a qual convocou somente sete aprovados, quando existentes 12 (doze) vagas para o cargo.

Defende que, mesmo que a Administração necessite preencher todas as vagas, é possível que seja reclassificado para a posição subsequente até a última colocação na lista de aprovados, se isso for necessário.

Requer a concessão da segurança para reconhecer a ilegalidade do ato coator declarando-o inválido, assegurando ao impetrante o direito de prorrogação do prazo para apresentação dos documentos comprobatórios de escolaridade por cento e oitenta dias ou até quando se verificar a necessidade da Administração em preencher as demais vagas oferecidas. Ou, alternativamente, ser reclassificado para a 12ª colocação, em razão das doze vagas previstas no edital, ou, caso sejam convocados e o impetrante ainda não tenha concluído o requisito, que seja reclassificado para a 13ª colocação e assim subseqüentemente até a última colocação da lista de aprovados.

Por meio da decisão de fls. 96/103 foi concedida liminar ao impetrante, para o fim de realocá-lo para o final da fila, dentro do número de vagas oferecidas.

A Secretária de Estado de Administração e o Estado de Mato Grosso do Sul prestaram as informações de fls. 114/117 alegando que não há direito líquido e certo a ser amparado neste mandado de segurança, não podendo a decisão judicial afrontar o Edital (Lei do Concurso Público), privilegiando um único candidato em detrimento dos demais que observaram fielmente suas prescrições, pugnando pela denegação da ordem.

O Diretor-Presidente da SANESUL prestou as informações de fls. 118/125, alegando que estava expressamente previsto no Edital que somente seriam contratados os candidatos aprovados nas fases anteriores do concurso público e que atendessem às disposições editalícias quanto à apresentação dos documentos elencados no item 12.6, dentre eles, o diploma ou histórico escolar exigidos para o cargo, e o registro profissional do órgão competente, com obrigações quitadas perante este.

Afirma que o pedido de reclassificação se encontra obstaculizado em razão dos itens 12.1 e 12.2 do Edital, os quais estabelecem expressamente que os candidatos aprovados seriam convocados segundo a ordem de classificação final.

Em parecer (fls. 150/157), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Em conclusão, pretende o impetrante a invalidação do ato que o eliminou do concurso público, seja pelo reconhecimento do vício de competência, seja pela possibilidade jurídica de atendimento dos pedidos formulados administrativamente, de prorrogação do prazo, por cento e oitenta dias, para entrega dos documentos, ou até quando se verificar a necessidade da Administração em preencher as demais vagas, ou, alternativamente, de reclassificação da colocação obtida no resultado final do certame, passando da 2ª para a 12ª colocação e, caso haja necessidade por parte da Administração, de preencher todas as vagas oferecidas, o remanejamento deve partir da 13ª colocação e sucessivamente para a colocação subsequente até o final da lista dos aprovados, condicionado à real necessidade da Administração, obviamente que respeitando o período de validade do concurso.

Além disso, a decisão não teria sido proferida pela autoridade competente, segundo o próprio edital, em cujo conteúdo inexiste previsão para os casos de reclassificação e prorrogação de provimento.

Observa-se que o impetrante foi aprovado em 2º lugar no Concurso Público da Sanesul, com lotação para esta capital e foi nomeado para tomar posse por meio do Edital n. 007/2014 - Sanesul, de 23.05.2014 para admissão em 04.06.2014. Entretanto, ainda estava cursando o 9º semestre do curso de Engenharia Civil, cujo término estava previsto para o final do ano de 2014.

Como não preenchia um dos requisitos necessários para a investidura no cargo, já que não havia concluído o curso necessário para a habilitação, requereu a renúncia à ordem de classificação do concurso, para que fosse recolocado no final da fila até a conclusão de seu curso superior, porém, sem êxito.

Requereu então, a concessão de liminar para que a autoridade coatora não excluísse seu nome da lista para o cargo ao qual foi aprovado.

Assevera que possui o direito de renúncia à ordem de classificação no certame, passando a figurar no final da fila, o que de fato não traria prejuízos à administração pública tampouco aos demais candidatos.

A liminar foi deferida (fls. 96/103).

Merece guarida o pedido do impetrante para que figure no final da lista dos classificados, dentro do número de vagas inicialmente prevista no edital, ou seja, da 2ª colocação para a 12ª colocação, pois de acordo com a doutrina e a jurisprudência, a renúncia pode ocorrer somente uma vez, de modo que o aprovado, uma vez indo para o final de lista dos classificados, não fica sendo realocado à próxima posição. Até porque, o pedido do impetrante não é para figurar no final de lista dos aprovados (o que o levaria à 51ª posição), mas reclassificação para a última vaga prevista no edital, ou seja, para último lugar dos classificados.

A figura da renúncia à ordem de classificação do concurso, embora não esteja prevista no edital do certame, é juridicamente possível, pois não fere nenhum dos direitos dos demais aprovados nem traz qualquer prejuízo à administração pública.

Vislumbra-se no caso ser até salutar à Administração Pública manter candidato aprovado em seu banco de dados durante o prazo de validade do concurso, pois uma vez verificada a necessidade de contratação não terá que realizar outro concurso, o que geraria mais despesas. Portanto, são visíveis os benefícios tanto no aspecto econômico, como no da eficiência e celeridade do serviço público, notadamente por atender aos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição da República.

Não há óbice a que o impetrante renuncie à sua 2ª posição na classificação do concurso, mantendo-se reclassificado para a 12ª posição, para que possa terminar o curso de Engenharia Civil, desde que isso se dê apenas uma vez, acatando-se um dos pedidos alternativos do impetrante, afastando-se os demais.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. PEDIDO DE RECLASSIFICAÇÃO PARA O ÚLTIMO LUGAR DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO - É juridicamente possível o atendimento, pela Administração Pública, de pedido expresso de reclassificação de candidato aprovado em concurso público para que passe a figurar no último lugar da lista dos classificados, uma vez que a pretensão não colide com qualquer interesse público, tampouco causa prejuízo ao erário, além do edital ser omisso a esse respeito, não representando qualquer transtorno ou ataque à credibilidade do certame, antes resultando em efetividade do princípio da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal."* (TRT14ª R. - MS 01565.2005.000.14.00-0 - Rel. Juíza Vania Maria da Rocha Abensur - DJ 12.01.2006)

> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE CANDIDATO APROVADO, DE REMANEJAMENTO PARA O ÚLTIMO LUGAR DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. Se no edital do concurso consta que o candidato aprovado deve atender determinadas condições apenas no momento da posse, é legítimo o pedido de remanejamento para o último lugar da ordem de classificação, porque a pretensão não colide com qualquer interesse público e tampouco causa prejuízo ao erário. O simples remanejamento do impetrante, que foi classificado em 4º lugar, para o colocar em último lugar na lista dos aprovados, atendendo ao expresso desejo deste, ao contrário de representar transtorno e ataque à credibilidade do concurso público, resulta em efetividade do princípio da eficiência administrativa insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.* (Proc. nº 00547.2005.000.14.00-1. MS. Rel. Juíza Maria do Socorro Costa Miranda. DO/JT de 08.07.2005)

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA O FINAL DA LISTA DE CLASSIFICADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorrera e foi classificado (AgRg no Ag 1.331.833/BA, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/11/10). 2. No caso em concreto, porém, a candidata aprovada dentro do número de vagas foi nomeada, mas solicitou transferência para o final da lista de classificados, passando a ter mera expectativa de direito. 3. Agravo regimental não provido.* (STJ, AgRg no Ag 1402700 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 22/08/2012).

Na mesma linha de raciocínio, eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Concurso público: aprovação: não preenchimento de requisitos para a investidura no cargo pretendido, conforme previsto no Edital 01/2004/STJ, de 26.2.2004 (diploma de conclusão de curso superior): legalidade do ato da Administração, que recusou a posse e determinou a colocação do impetrante na última posição da lista dos aprovados, única solução que não sacrifica a posição de nenhum dos demais aprovados no concurso e habilitados à posse: recurso em mandado de segurança desprovido. (RMS 25166 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 06/05/)

Posto isso, e com o parecer, concedo a segurança pleiteada neste *mandamus,* para o fim de determinar que a autoridade coatora se abstenha de excluir o impetrante da lista de aprovados do concurso público para

o cargo de engenheiro civil, reclassificando-o para a 12ª posição dos aprovados classificados, dentre as doze vagas existentes.

Em decorrência, extingue-se o presente, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Custas, se houver, pelos impetrados. Sem honorários advocatícios, conforme art. 25 da lei n. 12.016/2009 e Súmula 512 do STF.

O Sr. Des. Vilson Bertelli (1º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (3º Vogal):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Thiago Becker Modesto Silva de nº 1406999-86.2014.8.12.0000 em que contende com o Diretor- Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - Sanesul.

Aduz o impetrante, em linhas gerais, que se inscreveu para o concurso público de provas para o quadro de pessoal da SANESUL, regido pelo edital n. 1/2013/SAD/SANESUL, almejando o cargo de engenheiro civil, tendo sido aprovado na 2ª colocação, e o instrumento convocatório oferece 12 (doze) vagas para sua especialidade e as autoridades coatoras procederam a nomeação dos sete primeiros colocados, convocando-os para a realização do exame de aptidão mental e exame médico. Entrementes, por ocasião da publicação destes resultados, em que o autor foi considerado apto, por óbvio, também convocaram os candidatos para apresentarem os documentos devidos para a admissão no emprego público.

E aqui reside, a questão central deste mandado de segurança, o impetrante ainda cursa o 9º semestre do curso de Engenharia Civil, e pugna pela apresentação dos documentos comprobatórios de escolaridade por 180 dias, ou até quando se verificar a necessidade da Administração em preencher as demais vagas oferecidas, ou ser reclassificado para a 12ª (décima segunda) colocação no resultado final do Concurso Público de Provas e Títulos SAD/SANESUL/2013, do cargo de Engenheiro Civil, na cidade de Campo Grande/MS; ou, caso se verifique a necessidade da administração em preencher o restante das vagas oferecidas, a reclassificação para a 13ª (décima terceira) colocação e assim subsequentemente para a colocação anterior caso persista a necessidade de preenchimento de mais vagas, até a última colocação da lista de aprovados.

Deste modo, realiza dois pedidos, quais sejam, a concessão da ordem para prorrogar o prazo de entrega dos documentos pertinentes e, subsidiariamente para que fosse remanejado para a última colocação da lista dos aprovados.

O primeiro pedido, o de nomeação concessão de prazo para entrega da documentação até a necessidade da Administração em preencher as demais vagas oferecidas, falta-lhe norma para sustentar sua pretensão, pois como se verá o edital é expresso na apresentação do diploma em data certa.

Quanto ao pedido subsidiário, que concedeu a segurança para determinar o reposicionamento do impetrante, a fim de que fosse para o final da lista de classificação, faço as seguintes considerações.

Segundo Edital do Concurso Público de Provas e Títulos SAD/SANESUL/2013 constante da p. 20-40, os requisitos para investidura em cargo público, com a ciência previa e para todos, são as seguintes:

III. DOS REQUISITOS PARA ADMISSÃO NO EMPREGO PÚBLICO:

3.1 - São requisitos para admissão no emprego público do Quadro de Pessoal da SANESUL:

a) ser brasileiro nato ou naturalizado;

b) ter idade mínima de 18 anos;

c) estar quite com as obrigações militares, no caso de candidato do sexo masculino;

d) estar quite com as obrigações eleitorais;

e) ter boa saúde física e mental para o exercício das atribuições do emprego público, devidamente comprovada mediante exames clínico e psicológico;

f) comprovar a escolaridade exigida para o exercício do emprego público;

g) possuir o registro profissional no órgão competente e estar quite com as obrigações profissionais, quando for o caso;

h) ter sido aprovado em todas as etapas do Concurso Público;

i) não exercer emprego ou cargo público;

j) não possuir antecedentes criminais;

k) não ter sofrido penalidade nem praticado atos desabonadores de sua conduta no exercício de atividade pública ou privada;

l) assumir o compromisso de permanência na localidade de lotação por, no mínimo, 2 (dois) anos, conforme a necessidade da Administração.

3.2 - O candidato, no ato da posse, deverá entregar:

a) a Carteira de Trabalho e Previdência Social CTPS;

b) cópia dos documentos pessoais e apresentar os originais;

c) cópia da Carteira Nacional de Habilitação - CNH.

3.3 - Os documentos comprobatórios dos requisitos constantes no item anterior deverão ser entregues no ato de admissão ao emprego público, sem os quais o candidato, mesmo aprovado no Concurso Público, não poderá tomar posse e iniciar o exercício das funções do emprego público. (destacado)

Segundo o item IV. DA INSCRIÇÃO, subitem 4.3, a inscrição do candidato implicará no conhecimento e na expressa aceitação das normas e condições estabelecidas neste Edital e em seus anexos, em relação às quais não poderá alegar desconhecimento (p. 25), muito menos alterações pontuais visando determinado candidato após a publicação dos resultados.

Verifica-se, ainda, o candidato aprovado será contratado no emprego público, atendidas as seguintes condições e requisitos (12.6 – p. 38):

a) declaração de não acumulação de cargos, empregos ou função pública;

b) declaração de não acumulação de proventos e vencimentos, no caso de candidato aposentado;

c) declaração de bens e valores;

d) termo de compromisso e de permanência na localidade de lotação por, no mínimo, 2 (dois) anos;

e) certidão criminal expedida pelas Justiças Estadual ou Federal da sede de domicílio do candidato, correspondente ao período de 10 (dez) anos anteriores à data de publicação deste Edital;

f) diploma ou histórico escolar da escolaridade exigida para o exercício das atribuições do emprego público e apresentação do original;

g) registro profissional do órgão competente e comprovante de quitação com as obrigações profissionais, quando for o caso;

h) possuir aptidão física e mental para o exercício das atribuições inerentes ao emprego público, mediante exame de aptidão mental (exame psicotécnico) e Exame Médico Admissional;

i) entrega de cópia dos documentos pessoais e apresentação do original:

1) documento de identidade;

2) CPF;

3) título de eleitor, com comprovante de votação do último pleito;

4) certificado de estar quites com as obrigações do serviço militar, no caso de candidato do sexo masculino;

5) certidão de nascimento ou casamento;

6) entrega da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS;

7) Carteira Nacional de Habilitação - CNH.

Ora, o edital dispõe a eliminação do concurso àquele que não satisfaça todas as condições e requisitos exigidos na convocação para a nomeação e no ato de posse, mesmo que tenha sido aprovado, acarretando, automaticamente na eliminação do Concurso.

Não obstante a Súmula nº 266, do Superior Tribunal de Justiça, de 22/05/2002, dispõe que *"O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público"*. No caso em tela o que se observou, em consonância com aquela, foi a garantia da inscrição, porém não se pode possibilitar, no meu sentir, a prorrogação da admissão por inexistir a documentação concernente, conforme dispõe o edital.

Isto porque, a todos são exigidos o cumprimento das condições e dos requisitos na convocação para nomeação, não sendo assim razoável afastar tal exigência, a fim de nomeá-lo e, ademais, incluí-lo ao final da lista de chamada para que possibilite a sua convocação, se no ato de nomeação não satisfaz os requisitos para investidura no cargo.

Tal situação possibilitaria que o graduando, em qualquer etapa da faculdade, efetuasse concursos que exigissem licenciatura plena, ou outro nível superior qualquer, sem necessariamente preencher os requisitos necessários até a nomeação e assim permanecessem na lista de chamada até a colação de grau, ou validade do concurso.

Ainda que se admitisse, contrariando disposição expressa do edital, possibilitar o seu remanejamento para a última colocação da lista dos aprovados, é deixar a administração pública a merce do interesse particular do candidato, o qual sequer pode garantir com relativa segurança, o tempo que levará para concluir a graduação, ou até mesmo se efetuará sua conclusão, gerando expectativas da existência de um quadro de reserva de profissionais, através de candidatos que efetivamente não preenchem os requisitos e não poderão assumir de pronto a função para qual prestou o certame.

De outro vértice, compreendo que caso o autor estivesse na 12ª colocação, ao revés da 2ª colocação como é o caso, não seria possível perquirir que fosse admitido o término da graduação em Engenharia Civil, pois estaria como último colocado dentre as vagas em aberto sendo prejudicial à Administração, a quem é impingido a ordem de somente agir segundo a norma e assim agindo, se vê obrigada a modular os efeitos desta legislação em função da interferência judicial, a qual afasta as regras do certame, a quem se imputou o princípio da publicidade, da igualdade e aos ditames legais.

É de bom alvitre rememorar, inclusive, que não se trata o caso em tela de mero reposicionamento na classificação, mas de candidato que deixou de cumprir com os requisitos do edital, ou seja, possuir a graduação exigida no momento da admissão ao emprego público, diverso daquelas oportunidades em que o impetrante conta com todos os requisitos, porém declina da vaga por não ter interesse nas lotações ofertadas, ou qualquer outra motivação, e postula sua inclusão no final da fila.

Ademais, especificamente o edital em questão não prevê a possibilidade de se pedir a prorrogação do prazo para admissão ou, ainda, o que comumente chamam de benefício de *"final de fila"*, implicando na inclusão do candidato no final da lista dos classificados. A ausência deste em momento algum restou questionado quando da publicação da norma do concurso.

Nessa senda:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. POSTULAÇÃO DE MANUTENÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO PARA PROVIMENTO EM LOTAÇÃO FUTURA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de reserva de colocação em meio a processo seletivo simplificado para contratação temporária junto à Administração Pública Estadual. 2. O edital inicial previa que os candidatos seriam alocados em lista única e que a medida em que fossem identificadas necessidades nas vários localidades, seria dada opção de lotação aos candidatos, em obediência à classificação; em caso de não haver interesse na lotação ofertada, o candidato poderia pedir sua alocação no final da fila. No caso concreto, o impetrante não teve interesse nas lotações ofertadas e postula o direito a manter sua classificação para ser lotado - no futuro - em localidade que lhe interesse. 3. A pretensão do recorrente é similar à enfrentada em outros recursos ordinários julgados pela Primeira Turma, nos quais se consignou que - sem base legal ou editalícia - não é possível pretender vaga para o provimento em lotação com vacância potencial no futuro. Neste sentido: RMS 30.185/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.2.2011; e RMS 24181/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.2.2009. 4. Não há amparo ao direito postulado, seja no cerne das normas editalícias - que atendem os ditames da isonomia e da impessoalidade nem é apontada violação ao ordenamento jurídico; ausente o direito líquido e certo pedido. Recurso ordinário improvido* .(RMS 41.792/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

Por derradeiro, cumpre destacar que sequer há comprovação de que o candidato encontra-se matriculado e frequenta o semestre que indica estar cursando, no caso o 9º semestre do curso de Engenharia Civil, apenas acostando para demonstrar seu vínculo com a universidade o documento da p. 77, ou qual nada corrobora com esta afirmação.

Deste modo, não resta comprovado ao menos o seu atual estágio na graduação, dificultando o reconhecimento do seu direito líquido e certo.

Diante do exposto, peço vênia para divergir do i. Relator e negar a ordem pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 23 de abril de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1402169-43.2015.8.12.0000 - Sidrolândia
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – DESNECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO PROPRIETÁRIO – MÉRITO – IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR ANDAMENTO E DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO – REGULARIZAÇÃO DE RESERVA LEGAL – SUPORTE LEGAL DO TAC ALTERADO COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – INCOMPATIBILIDADE DO ACORDO COM AS NOVAS REGRAS – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA – TUTELA ANTECIPADA E APLICAÇÃO DE MULTA – NÃO CABIMENTO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de ação de obrigação de fazer referente à alegada omissão do órgão ambiental, não é necessária a presença do proprietário do imóvel rural no polo passivo da ação civil pública.

A vigência de novas regras no que concerne aos procedimentos tendentes à regularização da reserva legal em propriedades rurais, criando outros limites para a atuação dos órgãos ambientais, torna incompatível, em princípio, os acordos (TACs) firmados com base no Código Florestal revogado.

Em razão da existência de um sistema de transição entre a legislação pretérita e a nova, constata-se a inexistência de verossimilhança suficiente para a antecipação de tutela relativa à imposição de obrigação de fazer e aplicação de multas, no que tange à constituição e registro da reserva legal nos órgãos competentes.

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 parte com o parecer, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul, qualificado nos autos, interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Sidrolândia, que, nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público Estadual, entre outras providências, deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que o agravante proceda a análise do processo administrativo nº 23/104293/2009, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de pagamento (f. 24-26).

Alega, preliminarmente, que a formação de litisconsórcio passivo necessário se impõe, porque a presença do proprietário rural é imprescindível, uma vez que as obrigações de fazer que o MP quer imputar ao IMASUL dependem de ato anteriormente atribuível àquele.

Quanto ao mérito, aduz que a pretensão do Ministério Público Estadual está lastreada em legislação revogada (Lei nº 4.771/65), enquanto que a nova legislação correspondente (Lei nº 12.651/2012) não mais prevê as mesmas exigências, em razão da alteração do procedimento para o registro da reserva legal no CAR – Cadastro Ambiental Rural.

Sustenta que, de acordo com a sistemática, a aprovação de reserva legal está condicionada à inclusão do imóvel no CAR (art. 19, §1º, do Decreto Estadual nº 13.977/2014), que deve ser feita com base na instrução normativa do Ministério do Meio Ambiente nº 02/MMA, de 06 de maio de 2014.

Além disso, o art. 59 do novo Código Florestal prevê prazos para a implantação e regularização das reservas legais, contados a partir da implantação do CAR (até 02 anos), visando à transição da sistemática antiga para a nova.

Por último, afirma que não estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida antecipatória, e que a decisão fere o princípio da tripartição dos poderes e da proporcionalidade (quanto à multa).

Requer o deferimento do efeito suspensivo ao recurso, e, ao final, o seu provimento.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos suspendendo a decisão agravada até o julgamento final do presente agravo (fls. 92/93).

O apelado, em suas Contrarrazões Recursais, pugna pelo improvimento do recurso (f. 99-109).

A Procuradoria de Justiça, no parecer de f. 113-127, pugna pelo não acolhimento da preliminar referente à necessidade de inclusão do litisconsórcio passivo necessário (arguida pelo recorrente) e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul, qualificado nos autos, interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Sidrolândia, que, nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público Estadual, entre outras providências, deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que o agravante proceda a análise do processo administrativo nº 23/104293/2009, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de pagamento (f. 24-26).

Alega, preliminarmente, que a formação de litisconsórcio passivo necessário se impõe, porque a presença do proprietário rural é imprescindível, uma vez que as obrigações de fazer que o MP quer imputar ao Imasul dependem de ato anteriormente atribuível àquele.

Quanto ao mérito, aduz que a pretensão do Ministério Público Estadual está lastreada em legislação revogada (Lei nº 4.771/65), enquanto que a nova legislação correspondente (Lei nº 12.651/2012) não mais prevê as mesmas exigências, em razão da alteração do procedimento para o registro da reserva legal no CAR – Cadastro Ambiental Rural.

Sustenta que, de acordo com a sistemática, a aprovação de reserva legal está condicionada à inclusão do imóvel no CAR (art. 19, §1º, do Decreto Estadual nº 13.977/2014), que deve ser feita com base na instrução normativa do Ministério do Meio Ambiente nº 02/MMA, de 06 de maio de 2014.

Além disso, o art. 59 do novo Código Florestal prevê prazos para a implantação e regularização das reservas legais, contados a partir da implantação do CAR (até 02 anos), visando à transição da sistemática antiga para a nova.

Por último, afirma que não estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida antecipatória, e que a decisão fere o princípio da tripartição dos poderes e da proporcionalidade (quanto à multa).

Requer o deferimento do efeito suspensivo ao recurso, e, ao final, o seu provimento.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos suspendendo a decisão agravada até o julgamento final do presente Agravo (fls. 92/93).

O apelado, em suas contrarrazões recursais, pugna pelo improvimento do recurso (f. 99-109).

A Procuradoria de Justiça, no parecer de f. 113-127, pugna pelo não acolhimento da preliminar referente à necessidade de inclusão do litisconsórcio passivo necessário (arguida pelo recorrente) e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório. Decido.

Segundo os relatos existentes no feito, o Ministério Público Estadual de Sidrolândia instaurou, em 2008, Inquérito Civil, visando apurar danos ambientais praticados no imóvel rural denominado Fazenda Perequê, pertencente a Fábio Silva Chaves.

Em razão disso, as partes firmaram Termo de Ajustamento de Conduta, por meio do qual o proprietário do imóvel obrigou-se a regularizar a área de reserva legal de seu imóvel, sendo requerida a abertura do respectivo processo (nº 23/104293/2009) para esse fim.

Entretanto, mesmo depois de 05 anos da assinatura do TAC, o IMASUL não deu início aos procedimentos tendentes a regularização da situação do imóvel, fato que ensejou o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0800966-91.2014.8.12.0045.

Ao receber a inicial, o magistrado *a quo* entendeu por bem conceder a liminar, determinando que o agravante proceda à análise e decisão do processo administrativo nº 23/104293/2009, em 30 dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

O objeto do recurso, além da preliminar de litisconsórcio passivo necessário em relação ao proprietário do imóvel rural, é a revogação da decisão agravada.

Passo à análise do recurso.

I – Preliminar de litisconsórcio passivo necessário, alegada pelo agravante.

Consoante se depreende das alegações do agravante, a formação de litisconsórcio passivo necessário em relação ao proprietário da Fazenda Perequê, em Sidrolândia, tem como alicerce o fato de que as obrigações de fazer que o Ministério Público imputa ao recorrente dependem de manifestação anterior do interessado.

A preliminar deve ser rejeitada.

O objeto da ação civil pública, no presente caso, consiste em obrigar o IMASUL a cessar a alegada omissão administrativa e dar andamento célere e uma solução no que tange ao processo administrativo nº 23/104293/2009.

Pretende o agravado, assim, que o órgão ambiental adote as providências que lhe cabem, independentemente do resultado. Por esse ângulo, verifica-se que a presença do proprietário do imóvel rural em questão, no polo passivo da demanda, é irrelevante, pois não se busca exigir que ele faça ou deixe de fazer alguma coisa, pois o requerimento já foi providenciado, tanto que o processo administrativo nº 23/104293/2009 foi instaurado por sua iniciativa.

Quanto ao mais – andamento do processo, solução, adequação à legislação quanto aos procedimentos, etc. -, somente o agravante pode realizar, no que diz respeito aos pedidos formulados na ação.

Diante do exposto, de acordo com o parecer, rejeito a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, arguida pelo agravante.

II – Mérito.

Consta dos autos que o agravado pretende, por meio da ação civil pública nº 0800966-91.2014.8.12.0045, a imposição de obrigação de fazer ao Agravante, consistente em dar andamento ao processo administrativo nº 23/104293/2009, e julgá-lo, em prazo fixado judicialmente, no que tange à aprovação ou não de proposta de localização da reserva legal da Fazenda Perequê, em Sidrolândia.

Em contraposição a essa pretensão, o agravante alega que o Código Florestal trouxe novas regras concernentes à regularização da reserva legal, notadamente quanto a sua averbação na matrícula do imóvel.

Deve ficar bem claro que a apreciação do recurso tem como finalidade apenas verificar se há fundamentos suficientes para a concessão parcial da tutela, em caráter liminar, ou seja, se estão presentes a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações da parte autora, bem como o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

E, ao meu juízo, não constato a ocorrência da verossimilhança das alegações, tendo em vista que o Termo de Ajustamento de Conduta celebrado em 2009 – em relação ao qual não há insurgência – não pode, em princípio, ser interpretado em prejuízo às novas regras trazidas com a Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal).

Isso porque, mesmo sendo um título executivo extrajudicial, entende-se que a legislação superveniente deve ser observada, principalmente quanto aos novos procedimentos tendentes à regularização das reservas legais em propriedades rurais.

Portanto, apenas pelo fato de haver relevante discussão sobre a aplicabilidade imediata do Novo Código Florestal sobre relações jurídicas em andamento – como a hipótese dos autos -, já não se vislumbra a verossimilhança necessária para a antecipação de tutela requerida pelo agravado.

Segundo o entendimento predominante nesta Corte Estadual, o art. 59 da Lei nº 12.651/12 estabeleceu novos prazos para que os proprietários rurais possam regularizar seus imóveis, no que respeita à questão ambiental. Eis o seu teor:

> *"Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização*

Ambiental - PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.

(...)

§ 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

§ 5º A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4o deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA."

Com o advento das novas regras, os fundamentos legais e aqueles insertos no acordo (TAC) relacionados com a regularização ambiental se tornaram incompatíveis com os novos limites legais a que a administração pública – direta ou indireta – passaram a ter de observar, fato que torna a possibilidade de imposição de obrigação de fazer com base em legislação pretérita menos plausível.

E, sem a plausibilidade do direito – ou verossimilhança das alegações – a antecipação de tutela não se mostra cabível no caso concreto. Essa Corte Estadual vem enfrentando a questão em situações semelhantes, senão veja-se:

"EMENTA- EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COBRANÇA DE MULTA IMPOSTA EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA POR DESCUMPRIMENTO DE PRAZO - REGULARIZAÇÃO DE RESERVA LEGAL - SUPORTE LEGAL DO TAC ALTERADO COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL - INCOMPATIBILIDADE DO TAC COM OS NOVOS REGRAMENTOS LEGAIS - RECONHECIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DA MULTA MANTIDO - RECURSO NÃO PROVIDO. Se o objetivo principal da fixação de prazos e imposição de sanções no Termo de Ajustamento de Conduta era acelerar o processo de regularização ambiental em propriedade rural, mediante a complementação das normas carentes de regulamentação administrativa e posterior analise e reavaliação dos processos administrativos referentes à aprovação da compensação da reserva legal, cujo objeto não mais encontra suporte na nova ordem legal, advinda com a vigência do Novo Código Florestal, impõese manter o reconhecimento da inexigibilidade do título exequendo, por superveniente falta de interesse de agir. (Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 2ª Seção Cível; Data do julgamento: 11/05/2014; Data de registro: 16/07/2014; Outros números: 10141747200681200435000)"

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA - EMBARGOS À EXECUÇÃO - EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA HOMOLOGADO JUDICIALMENTE - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITADA - MÉRITO - ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE - NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) - APLICAÇÃO DO ARTIGO 462 DO CPC - OBRIGAÇÕES AJUSTADAS NO TAC INCOMPATÍVEIS COM A NOVA LEGISLAÇÃO - FALTA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - CONDENAÇÃO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO AO PAGAMENTO DE CUSTAS E DE HONORÁRIOS - NÃO CABIMENTO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS. 1. Não há nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, se não há necessidade de produção de prova pericial e testemunhal, podendo o feito ser julgado antecipadamente. 2. O advento de legislação superveniente (novo Código Florestal) trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo, impondo-se a extinção da execução. 3. É possível aplicar a legislação promulgada após a prolação da sentença, eis que considerada fato novo superveniente e passível de aplicação de ofício nos termos do artigo 462 do CPC. 4. A teor do artigo 18 da Lei n. 7.347/85, aplicado por analogia, não é cabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, salvo comprovação de má-fé. (Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/10/2013; Data de registro: 04/12/2013)

Feita essa análise, constata-se que a antecipação de tutela, no presente caso, não é cabível, devendo ser revogada a medida de urgência determinada na decisão recorrida, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos do art. 273, I, do CPC.

O julgamento contrário à pretensão do agravado foi realizado com base na não demonstração de verossimilhança quanto à inviabilidade de da tese consistente na possibilidade de imposição de regras anteriores ao Novo Código Florestal, não havendo se falar em violação aos artigos 225, da CF, 47, 273, 461, §4º e artigos 3º, III, 12, 18 e 53, da Lei nº 12.651/2012.

Em face do exposto, de acordo com o parecer, rejeito a preliminar de litisconsórcio passivo necessário; no mérito, contrariando o parecer, dou provimento ao Agravo interposto pelo IMASUL, para, em se reformando a decisão agravada, revogar a antecipação de tutela deferida em favor do agravado, afastando a multa aplicada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

***

Órgão Especial
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1403874-76.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – EXCEPCIONAL URGÊNCIA – REJEIÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL DE CORUMBÁ-MS DO VETO PARCIAL DO PREFEITO – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS DA LEI MUNICIPAL N. 2.465/2014 (ARTS. 4º; 7º, § 2º; E 10, *CAPUT*, PARÁGRAFO ÚNICO) EM APARENTE CONTRARIEDADE COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO, DA HARMONIA E DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES – LIMINAR DEFERIDA SEM AUDIÊNCIA PRÉVIA DOS ÓRGÃOS E AUTORIDADES DOS QUAIS EMANOU A LEI – LIMINAR DEFERIDA.

Defere-se, em sede de medida cautelar, pedido de suspensão de eficácia de dispositivos de lei municipal, cujo veto parcial foi rejeitado por Câmara Municipal, quando os dispositivos impugnados aparentam estar em desconformidade com a Constituição Estadual, em simetria com a Constituição Federal, ferindo princípios caros à democracia, tais como a separação, a harmonia e a independência dos poderes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria deferir a liminar concedida, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, nos termos do voto do Relator. Absteve-se de votar, por estar em férias no início do julgamento, o Des. Divoncir Schreiner Maran. Declarou-se impedido o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 13 de maio de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Prefeito do Município de Corumbá, Paulo Roberto Duarte, qualificado nos autos, promove, com fulcro nos arts. 2º, *caput*; 123, II, e parágrafos; e 160, incisos e parágrafos, todos da Constituição Estadual, e na forma do art. 596 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em face da Câmara Municipal do Município de Corumbá, para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade parcial da Lei Municipal n. 2.465/2014, Projeto de Lei n. 129/2014, que *"estima a receita e fixa a despesa do Município para o exercício financeiro de 2015, compreendendo o orçamento fiscal e da seguridade social referente aos Poderes do Município, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta"*.

Alega, inicialmente, que a Câmara Municipal de Corumbá rejeitou o veto parcial dos seguintes dispositivos da Lei Municipal n. 2.465/2014: art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e seu parágrafo único,

constante do Projeto de lei n. 129/2014, Processo n. 183/2014, no qual *"estima a receita e fixa a despesa do Município para o exercício financeiro de 2015"*.

Adiciona que o veto dos dispositivos supramencionados atende aos interesses públicos municipais e ajustam os preceitos constitucionais vigentes.

No tocante ao art. 4º, que *limita a realização da receita,* estimada para o orçamento fiscal em R$ 508.892.000,00 (quinhentos e oito milhões, oitocentos e noventa e dois mil reais), e o *orçamento da seguridade social distribuído em até 40% (quarenta por cento) do valor total,* assevera que o referido artigo está contaminado pelo vício da inconstitucionalidade formal, uma vez que tal dispositivo ultrapassa o poder natural de fiscalizar do Poder Legislativo, desrespeitando o princípio da separação dos poderes e interferindo nas atividades do Chefe do Executivo (vício de iniciativa), em afronta ao art. 160 e respectivo § 2º da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, em simetria à Constituição da República.

Esclarece que o dispositivo mencionado, ao impor limite na destinação de recursos ao orçamento da Seguridade Social (composto pelas áreas de saúde, previdência e assistência social), contraria ainda toda a política atual de incremento de recursos financeiros aos setores da seguridade social, compartilhada, inclusive, pela maioria dos membros da Casa de Leis.

Complementa que a limitação imposta contraria o interesse público, visto que a atual administração vem concentrando esforços na captação de recursos do Orçamento Geral da União para a saúde e assistência social, tanto que o Congresso Nacional está avaliando a destinação de novos recursos a serem aplicados na saúde.

Quanto ao § 2º do art. 7º da Lei Municipal n. 2.465/2014, que inclui o somatório de diversas receitas, inclusive royalties de exploração de minério, na base de cálculo para a consolidação e remessa das parcelas do duodécimo devidas ao Poder Legislativo, informa que tal dispositivo também se reveste de inconstitucionalidade, na medida em que prevê a destinação de recursos financeiros à Câmara Municipal de Corumbá para além do percentual de receita determinado no inciso II do art. 29-A da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 58, de 2009, que limita a despesa do Poder Legislativo Municipal em 6% (seis) por cento para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes.

Salienta que a vigência do dispositivo impugnado poderia trazer graves consequências não apenas para as finanças públicas municipais, mas também para o Chefe do Poder Executivo, que incorreria em crime de responsabilidade, a teor do inciso I do § 2º do art. 29-A da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 25, de 2000, caso cumprisse o dispositivo ora impugnado, efetuando repasses acima dos limites definidos na lei.

Adiciona que as receitas provenientes de Royalties pela exploração de recursos minerais não estão inclusas na base de cálculo fixada no art. 29-A da Constituição Federal, tanto que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se pela impossibilidade de inserir tais verbas na base de cálculo do valor do duodécimo a ser repassado à Câmara Municipal.

Por fim, quanto ao art. 10, *caput*, e parágrafo único da Lei Municipal n. 2.465/2014, que exige do Poder Executivo a obtenção de autorização do Poder Legislativo, inclusive em sessão extraordinária, para representar o Município em operações de crédito, nos financiamentos e nas alienações, na celebração de contratos, convênios, alienações, termos de parceria e em outros atos de sua competência, típicos de ato de gestão administrativa, sustenta que é descabida tal exigência, porquanto fere a independência e a harmonia entre os poderes, princípio básico insculpido na Lei Orgânica do Município de Corumbá e no art. 2º da Constituição Federal (dispositivo repetido no art. 2º da Constituição Estadual).

Informa, também, que semelhante redação, que extravasa as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, cria relação de subordinação e hierarquia entre os poderes, bem como usurpa as funções do Prefeito, também constava do inciso XII do art. 43 da Lei Orgânica do Município de Corumbá, o qual foi declarado inconstitucional por esta Corte, por meio da ADI n. 34.597, como de resto aconteceu em outras cortes, como no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI n. 994.09.227591-6, j. 7.4.2010, e ADI n. 994.09.225098-4, j. 19.5.2010).

Acrescenta que não se está negando à Câmara Municipal o direito de editar normas atinentes ao peculiar interesse do Município, mas no exercício desse mister, a ela cabe editar normas regulatórias de caráter genérico e abstrato, e não editar regras concretas de administração, intervindo nas atividades e providências reservadas com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo, a quem compete gerir a administração pública municipal, notadamente no que se refere à avaliação da oportunidade e conveniência de celebrar consórcios e convênios, independentemente de autorização específica do Poder Legislativo, conforme entendimento consagrado pelo Órgão Especial desta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, elencando os prejuízos de difícil reparação que, a seu ver, causam danos à coletividade e contrariam o interesse público, requer a concessão de medida cautelar, em caráter de urgência, sem a audiência dos órgãos ou autoridades, nos termos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e, ao final, a procedência, em definitivo, do pedido declaratório da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Municipal de Corumbá-MS n. 2.465/2014 (art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e seu parágrafo único), com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

É o relatório, em breve síntese.

Em virtude da excepcional urgência, coloque-se em mesa para a próxima sessão, independentemente de pauta, na forma do § 1º do art. 597 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, c/c o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, encaminhando-se cópia deste para os demais Desembargadores.

Após a apreciação desta cautelar pelo Colegiado, notifique-se a Câmara Municipal de Corumbá, na pessoa de seu representante legal, para que se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 599, *caput*, do Regimento Interno da Corte, c/c o art. 6º, *caput*, e parágrafo único da Lei n. 9.868/99.

Na sequência, com ou sem manifestação, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da Justiça, para a oitiva do representante do Ministério Público, no prazo de 15 (quinze) dias (arts. 601 e 602 do RITJMS).

VOTO(EM15/04/2015)

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

O Prefeito do Município de Corumbá, Paulo Roberto Duarte, qualificado nos autos, promove, com fulcro nos arts. 2º, *caput*; 123, II, e parágrafos; e 160, incisos e parágrafos, todos da Constituição Estadual, e na forma do art. 596 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em face da Câmara Municipal do Município de Corumbá, para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade parcial da Lei Municipal n. 2.465/2014, Projeto de Lei n. 129/2014, que *"estima a receita e fixa a despesa do Município para o exercício financeiro de 2015, compreendendo o orçamento fiscal e da seguridade social referente aos Poderes do Município, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta"*.

Alega, inicialmente, que a Câmara Municipal de Corumbá rejeitou o veto parcial dos seguintes dispositivos da Lei Municipal n. 2.465/2014: art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e seu parágrafo único, constante do Projeto de lei n. 129/2014, Processo n. 183/2014, no qual *"estima a receita e fixa a despesa do Município para o exercício financeiro de 2015"*.

Adiciona que o veto dos dispositivos supramencionados atende aos interesses públicos municipais e ajustam os preceitos constitucionais vigentes.

No tocante ao art. 4º, que limita a realização da receita, estimada para o orçamento fiscal em R$ 508.892.000,00 (quinhentos e oito milhões, oitocentos e noventa e dois mil reais), e o orçamento da seguridade social distribuído em até 40% (quarenta por cento) do valor total, assevera que o referido artigo está contaminado pelo vício da inconstitucionalidade formal, uma vez que tal dispositivo ultrapassa o poder natural de fiscalizar do Poder Legislativo, desrespeitando o princípio da separação dos poderes e interferindo nas atividades do Chefe do Executivo (vício de iniciativa), em afronta ao art. 160 e respectivo § 2º da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, em simetria à Constituição da República.

Esclarece que o dispositivo mencionado, ao impor limite na destinação de recursos ao orçamento da Seguridade Social (composto pelas áreas de saúde, previdência e assistência social), contraria ainda toda a política atual de incremento de recursos financeiros aos setores da seguridade social, compartilhada, inclusive, pela maioria dos membros da Casa de Leis.

Complementa que a limitação imposta contraria o interesse público, visto que a atual administração vem concentrando esforços na captação de recursos do Orçamento Geral da União para a saúde e assistência social, tanto que o Congresso Nacional está avaliando a destinação de novos recursos a serem aplicados na saúde.

Quanto ao § 2º do art. 7º da Lei Municipal n. 2.465/2014, que inclui o somatório de diversas receitas, inclusive royalties de exploração de minério, na base de cálculo para a consolidação e remessa das parcelas do duodécimo devidas ao Poder Legislativo, informa que tal dispositivo também se reveste de inconstitucionalidade, na medida em que prevê a destinação de recursos financeiros à Câmara Municipal de Corumbá para além do percentual de receita determinado no inciso II do art. 29-A da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 58, de 2009, que limita a despesa do Poder Legislativo Municipal em 6% (seis) por cento para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes.

Salienta que a vigência do dispositivo impugnado poderia trazer graves consequências não apenas para as finanças públicas municipais, mas também para o Chefe do Poder Executivo, que incorreria em crime de responsabilidade, a teor do inciso I do § 2º do art. 29-A da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 25, de 2000, caso cumprisse o dispositivo ora impugnado, efetuando repasses acima dos limites definidos na lei.

Adiciona que as receitas provenientes de Royalties pela exploração de recursos minerais não estão inclusas na base de cálculo fixada no art. 29-A da Constituição Federal, tanto que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se pela impossibilidade de inserir tais verbas na base de cálculo do valor do duodécimo a ser repassado à Câmara Municipal.

Por fim, quanto ao art. 10, *caput*, e parágrafo único da Lei Municipal n. 2.465/2014, que exige do Poder Executivo a obtenção de autorização do Poder Legislativo, inclusive em sessão extraordinária, para representar o Município em operações de crédito, nos financiamentos e nas alienações, na celebração de contratos, convênios, alienações, termos de parceria e em outros atos de sua competência, típicos de ato de gestão administrativa, sustenta que é descabida tal exigência, porquanto fere a independência e a harmonia

entre os poderes, princípio básico insculpido na Lei Orgânica do Município de Corumbá e no art. 2º da Constituição Federal (dispositivo repetido no art. 2º da Constituição Estadual).

Informa, também, que semelhante redação, que extravasa as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, cria relação de subordinação e hierarquia entre os poderes, bem como usurpa as funções do Prefeito, também constava do inciso XII do art. 43 da Lei Orgânica do Município de Corumbá, o qual foi declarado inconstitucional por esta Corte, por meio da ADI n. 34.597, como de resto aconteceu em outras cortes, como no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI n. 994.09.227591-6, j. 7.4.2010, e ADI n. 994.09.225098-4, j. 19.5.2010).

Acrescenta que não se está negando à Câmara Municipal o direito de editar normas atinentes ao peculiar interesse do Município, mas no exercício desse mister, a ela cabe editar normas regulatórias de caráter genérico e abstrato, e não editar regras concretas de administração, intervindo nas atividades e providências reservadas com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo, a quem compete gerir a administração pública municipal, notadamente no que se refere à avaliação da oportunidade e conveniência de celebrar consórcios e convênios, independentemente de autorização específica do Poder Legislativo, conforme entendimento consagrado pelo Órgão Especial desta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, elencando os prejuízos de difícil reparação que, a seu ver, causam danos à coletividade e contrariam o interesse público, requer a concessão de medida cautelar, em caráter de urgência, sem a audiência dos órgãos ou autoridades, nos termos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e, ao final, a procedência, em definitivo, do pedido declaratório da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Municipal de Corumbá-MS n. 2.465/2014 (art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e seu parágrafo único), com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Feito este breve relato, decido.

Com efeito, assim dispõe o artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.868, de 10.11.99, na seção II, que trata da Medida Cautelar em ação Direta de Inconstitucionalidade:

> *"Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado."*

Já o art. 514, § 1º (antigo art. 597, § 1º), do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, publicado no Diário da Justiça n. 3.325, de 15 de abril de 2015, estatui:

> *"Art. 514. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias.*
>
> *§ 1º Em caso de urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, cujo julgamento será feito independentemente de pauta."*

A meu ver, estão preenchidos satisfatoriamente os requisitos indispensáveis à concessão da medida cautelar, sem audiência prévia dos órgãos ou das autoridades das quais emanaram os atos normativos impugnados, em caráter de urgência, conforme estatui o § 1º do art. 514 (antigo § 1º do art. 597) do Regimento Interno desta Corte, em sintonia com o § 3º do art. 10 da Lei Federal n. 9.868, de 10.11.99.

Os dispositivos legais da Lei Municipal n. 2.465/2014, tidos como ofensivos à Constituição Estadual, são os seguintes:

> *"Art. 4º A receita será realizada de acordo com as especificações constantes dos quadros integrantes desta Lei, estimada para o orçamento fiscal em R$ 508.892.000,00 (quinhentos e oito milhões, oitocentos e noventa e dois mil reais) e para o orçamento da seguridade social distribuído em até 40% (quarenta por cento do valor total).*
>
> *(...)*
>
> *Art. 7º. (...)*
>
> *§ 2º. No cômputo da base de cálculo para a consolidação e remessa das parcelas duodecimais devidas ao Poder Legislativo, será entendida como Receita, o somatório das receitas tributárias, de contribuições de melhoria, de serviços, transferências correntes, bem como os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar n. 087/96, as receitas decorrentes de decisões judiciais do TJ-MS tais como royalties e outras receitas constantes dos Pareceres do TCE-MS e STJ.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 10. O Poder Executivo poderá obter do Poder Legislativo autorização a representar o Município nas Operações de Crédito, nos financiamentos e nas alienações, a proceder todos os atos para a perfeita representatividade do Município, na celebração de contratos, convênios, alienações e outros atos de sua competência.*
>
> *Parágrafo único. Para executar as metas e ações estabelecidas nesta lei, poderá a Câmara Municipal de Corumbá em Sessão Extraordinária, autorizar a celebração de convênios e termos de parcerias pelo Poder Executivo, observado a Legislação Federal que disciplina a matéria."*

Numa análise, ainda que perfunctória, é possível vislumbrar, na exposição dos fatos narrados na inicial, os requisitos da fumaça do direito e do perigo da demora, em face da rejeição pela Câmara Municipal do veto parcial do Prefeito, uma vez que a aplicação dos dispositivos legais, aparentemente, fere a ordem jurídica, ao exigir do Poder Executivo a obtenção de autorização do Poder Legislativo, inclusive em sessão extraordinária, para representar o Município em operações de crédito, nos financiamentos e nas alienações, na celebração de contratos, convênios, alienações, termos de parceria e em outros atos de sua competência, típicos de ato de gestão administrativa, o que atenta contra a independência e a harmonia entre os poderes, princípio básico insculpido na Lei Orgânica do Município de Corumbá e no art. 2º da Constituição Federal (dispositivo repetido no art. 2º da Constituição Estadual[1]).

Ademais, a imposição de repasses de verbas duodecimais à Câmara Municipal, acima do teto constitucional, e a limitação da realização da receita, com reflexos no orçamento da seguridade social, igualmente são suscetíveis de causar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao patrimônio público e à coletividade.

1 Art. 2º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Outrossim, num âmbito mais restrito ou individualizado, mas não menos lesivo ao interesse público, na efetivação dos preceitos dos dispositivos da lei questionada, que inclui royalties na base de cálculo para a consolidação e remessa das parcelas do duodécimo devidas ao Poder Legislativo, há o risco concreto de as verbas apuradas superarem o teto previsto no inciso II do art. 29-A da Constituição Federal,[2] que prevê o percentual máximo de 6% (seis por cento) para Municípios do porte de Corumbá, cuja população está na casa dos 100.000 (cem mil) habitantes.

Com efeito, ao que tudo indica, essa inclusão de royalties na base de cálculo do duodécimo sujeitará o Chefe do Poder Executivo ao enquadramento do ato típico de prática de crime de responsabilidade, tal como previsto no inciso I do § 2º do referido dispositivo constitucional,[3] sem prejuízo das ordenações contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por sem dúvida que as circunstâncias descritas na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem embargo da tese de vício de inconstitucionalidade formal, estão, pelo menos na aparência, em desconformidade com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que, em simetria com a Constituição Federal, contempla princípios caros à Democracia, tais como a separação, a harmonia e a independência dos poderes.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, com efeito *erga omnes* e *ex tunc,* e suspendo a eficácia dos dispositivos da Lei Municipal n. 2.465/2014, especificamente o art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e respectivo parágrafo único, até o julgamento definitivo da presente ação.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (4º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (5º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para Sessão do dia 29.04.15 em face do pedido de vista do Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator e os desembargadores Lós, Tânia, Julizar e Contar deferirem a liminar, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente o des. Paschoal Carmello Leandro.

VOTO (EM29/04/2015)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (8º Vogal):

O Prefeito do Município de Corumbá, Paulo Roberto Duarte, ingressou com ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em face da Câmara Municipal do Município de Corumbá,

2 Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:
(...)
II – 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes.

3 § 2º. Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I – efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo.

para o fim de ver declarada a inconstitucionalidade parcial da Lei Municipal n. 2.465/2014, Projeto de Lei n. 129/2014, que estima a receita e fixa a despesa do município para o exercício financeiro de 2015, compreendido nesta o orçamento fiscal e o da seguridade social referente aos Poderes do Município, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta.

Alega, inicialmente, que a Câmara Municipal de Corumbá rejeitou o veto parcial dos seguintes dispositivos da Lei Municipal n. 2.465/2014: art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e seu parágrafo único.

Adiciona que o veto dos dispositivos supramencionados atende aos interesses públicos municipais e ajustam o orçamento municipal aos preceitos constitucionais vigentes.

Ao final, elencando os prejuízos de difícil reparação que, a seu ver, causam danos à coletividade e contrariam o interesse público, requer a concessão de medida cautelar, em caráter de urgência, sem a audiência dos órgãos ou autoridades, nos termos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e, ao final, a procedência, em definitivo, do pedido declaratório da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Municipal de Corumbá-MS n. 2.465/2014 (art. 4º; § 2º do art. 7º; e art. 10, *caput*, e seu parágrafo único), com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

O relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, acompanhado pelos 1º, 3º e 7º vogais, deferiu o pedido de liminar.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Peço vênia para divergir do relator e indeferir o pedido de liminar.

Anoto, por primeiro, que, contrário ao entendimento firmado pelo relator, a análise do pedido de liminar deveria ter sido feita somente após a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, em cumprimento ao disposto no art.10 e seus parágrafos da Lei n. 9.898/99 [4].

Dito isso, numa análise, ainda que perfunctória, não é possível vislumbrar, da exposição dos fatos narrados na inicial, os requisitos da fumaça do direito e do perigo da demora, na pura e simples rejeição pela Câmara Municipal do veto parcial do Prefeito.

Com efeito, os dispositivos legais da Lei Municipal n. 2.465/2014, tidos como ofensivos à Constituição Estadual, são os seguintes:

> *"Art. 4º A receita será realizada de acordo com as especificações constantes dos quadros integrantes desta Lei, estimada para o orçamento fiscal em R$ 508.892.000,00 (quinhentos e oito milhões, oitocentos e noventa e dois mil reais) e para o orçamento da seguridade social distribuído em até 40% (quarenta por cento do valor total).*
>
> *(...)*
>
> *Art.7º (...)*
>
> *§ 2º. No cômputo da base de cálculo para a consolidação e remessa das parcelas duodecimais devidas ao Poder Legislativo, será entendida como Receita, o somatório das receitas tributárias, de contribuições de melhoria, de serviços, transferências correntes, bem como os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar n. 087/96, as receitas decorrentes de decisões judiciais do TJ-MS tais como royalties e outras receitas constantes dos Pareceres do TCE-MS e STJ.*

4 Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

(...)

Art. 10. O Poder Executivo poderá obter do Poder Legislativo autorização a representar o Município nas Operações de Crédito, nos financiamentos e nas alienações, a proceder todos os atos para a perfeita representatividade do Município, na celebração de contratos, convênios, alienações e outros atos de sua competência.

Parágrafo único. Para executar as metas e ações estabelecidas nesta lei, poderá a Câmara Municipal de Corumbá em Sessão Extraordinária, autorizar a celebração de convênios e termos de parcerias pelo Poder Executivo, observado a Legislação Federal que disciplina a matéria.

A rejeição pela Câmara Municipal do veto parcial do Prefeito não fere de modo algum a ordem jurídica, porquanto, muito ao contrário, o Poder Legislativo Municipal cumpriu função que lhe é própria, a qual consiste exatamente em legislar e escrutinar o orçamento do município, de modo que não há falar em ofensa à independência e à harmonia entre os poderes, princípio básico insculpido na Lei Orgânica do Município de Corumbá e no art. 2º da Constituição Federal.

No caso, ademais, não há vício de iniciativa, porquanto trata-se de projeto de lei orçamentário e a Câmara, no exercício de suas funções, nada mais fez que aprová-lo e, posteriormente, rejeitar o veto parcial do Chefe do Executivo.

O art. 10 da Lei Municipal questionada, outrossim, não prevê em sua redação nenhuma interferência do Poder Legislativo no Executivo, tratando-se de disposição legal meramente partilhada ao determinar que "O Poder Executivo poderá obter do Poder Legislativo autorização a representar o Município nas Operações de Crédito, nos financiamentos e nas alienações, a proceder todos os atos para a perfeita representatividade do Município, na celebração de contratos, convênios, alienações e outros atos de sua competência".

Desse modo, ao menos neste momento processual, não vislumbro que a Lei Municipal em comento esteja em desconformidade com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que, em simetria com a Constituição Federal, contempla princípios caros à democracia, tais como a separação, a harmonia e a independência dos poderes.

Por fim, friso que o orçamento fiscal é uma mera estimativa, de modo que a inclusão de *royalties* na base de cálculo para a consolidação e remessa das parcelas do duodécimo devidas ao Poder Legislativo, poderá, se eventualmente vier a ser rechaçada por este Tribunal, quando de julgamento de mérito da presente ação, ser readequado pelo Chefe do Executivo Municipal, razão pela qual afasto a alegação de perigo da demora neste particular.

Ante o exposto, como afirmado, peço vênia para divergir e indeferir o pedido de liminar.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 13.05.15 em face do pedido de vista do des. Sideni Soncini Pimentel, após o des. Sérgio indeferir a liminar, enquanto que o relator, acompanhado dos desembargadores lós, Tânia, Julizar e Contar deferem a liminar com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Os demais aguardam. Declarou-se impedido o des. Romero Osme Dias Lopes.

VOTO (EM 13/05/2015)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (9º Vogal):

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida, especialmente às das relevantes considerações levantadas pelo eminente Vogal, Des. Sérgio Martins, nas sessões anteriores. Assentou sua Exa. a ausência dos requisitos necessários à concessão da medida, especialmente a ausência de fumaça do bom direito.

Compulsando detidamente o caderno processual, entretanto, extraí conclusão diversa, razão pela qual alinho-me à orientação adotada pelo eminente Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, para conceder a medida liminar.

Com efeito, a fumaça do bom direito exurge da plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade dos arts. 4º; 7º, § 2º; 10, *caput,* e parágrafo único, da Lei Municipal nº 2.465/2014, do Município de Corumbá.

Vale registrar, inicialmente, que a função fiscalizatória exercida pelo Poder Legislativo no processo legislativo orçamentário está circunscrita à verificação de observância aos preceitos legais, a exemplo da aplicação de limites mínimos e máximos da receita tributária.

É essa a orientação adotada por Uadi Lammêgo Bulos:

> *"(...) Mas, se o orçamento é uma lei, convém salientar a diminuição da participação do Legislativo no processo de elaboração das leis orçamentárias. Realmente, a evolução parece ser no sentido de convertê-lo em ato próprio do Executivo. Por isso, o processo de formação das leis orçamentárias é peculiar em certos aspectos, ainda mais se levarmos em conta o caráter temporário de tais leis. Daí se dizer acertadamente, que as leis orçamentárias são de iniciativa vinculada, porque a autoridade tem o poder de iniciativa sobre elas, no caso de o chefe do Executivo, deve remeter a proposta do orçamento ao Congresso Nacional, dentro do prazo previsto pelo legislador."* (Constituição Federal Anotada, 10ª ed., Saraiva, 2012, p. 1319)

Dito isto, tem-se que a limitação de despesa com seguridade social imposta na parte final do art. 4º não encontra respaldo em norma de regência, implicando, assim, em aparente ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Em outras palavras, o exercício da fiscalização exercida pelo Poder Legislativo não pode resultar em ingerência na elaboração do orçamento, que compete ao chefe do Poder Executivo.

Noutro ponto, o § 2º, do art. 7º, traz conceito de "receita" com vistas a incluir na base de cálculo do duodécimo a ser repassado ao próprio Poder Legislativo a receita oriunda de "*valores recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87/96, as receitas decorrentes de Decisões Judiciais do TJ-MS tais como Royalties e as outras receitas constantes do Pareceres do TCE-MS e STJ*"

Passando ao largo do fato de que a "receita pública" tem conceito previsto no art. 11, da Lei 4.320/64, que define regras gerais para elaboração de orçamentos, repete-se o vício mencionado anteriormente (violação ao princípio da separação dos Poderes), posto que o Poder Legislativo, ao menos a princípio, excede sua função fiscalizatória para substituir-se ao Poder Executivo na atividade de fixação de despesa e previsão de receita. Anote-se, ainda, que por força do art. 165, § 8º, da CF, somente esses temas (fixação de despesa e previsão de receita) podem constar da lei orçamentária.

Derradeiramente, o art. 10, *caput*, e parágrafo único, trazem a previsão de prévia autorização do Poder Legislativo para que o Poder Executivo represente o Município em operações de crédito, bem como para celebrar convênios e termos de parcerias. Tais restrições, entretanto, revelam aparente violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CE).

Noutra vertente, o perigo da demora decorre das consequências nocivas da violação à separação dos poderes, potencialmente lesivas ao interesse dos administrados.

De tudo quanto exposto, não tenho dúvidas em acompanhar o voto proferido pelo nobre Relator e conceder a medida cautelar.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (10º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (11º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (12º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (13º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco Andre Nogueira Hanson (14º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmelo Leandro (4º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria deferiram a liminar concedida, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, nos termos do voto do relator. Absteve-se de votar, por estar em férias no início do julgamento, o des. Divoncir Schreiner Maran. Declarou-se impedido o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 13 de maio de 2015.

***

Órgão Especial
Embargos de Declaração n. 1415835-48.2014.8.12.0000/50000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO PARCIALMENTE – OBSCURIDADE, OMISSÃO E CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PERITO PAPILOSCOPISTA (SERVIDOR DA ATIVA) E AGENTES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA (APOSENTADOS) – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DEMISSÃO DO SERVIDOR DA ATIVA E DEMISSÃO DOS SERVIDORES APOSENTADOS, CONVERTIDA EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO DOS ATOS PUNITIVOS – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA PARA A CONVERSÃO DE PENALIDADE DE DEMISSÃO EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO DA PENA DESVINCULADA DO DIREITO CERCEADO OU CASSADO (DIREITO CONSTITUCIONAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ARTS. 5º, XXXVI, 6º E 40 CF) – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – COISA JULGADA – CASSAÇÃO DO ATO COATOR – PAGAMENTO RETROATIVO DE VENCIMENTOS E VANTAGENS – CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA – OMISSÃO NA EMENTA SOBRE A COISA JULGADA MATERIAL ARGUIDA, DE OFÍCIO, PELO RELATOR – ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

I – Se o acórdão, nos tópicos levantados pelo embargante, está suficientemente fundamentado e não há contradição, omissão e obscuridade, a oposição de embargos declaratórios somente para prequestionamento e rediscussão da matéria desvirtua a finalidade do recurso, motivo pelo qual devem ser rejeitados, nestes aspectos.

II – Acolhe-se, porém, parcialmente, os embargos declaratórios, para corrigir, de ofício, omissão na ementa sobre a rejeição da preliminar de coisa julgada material.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade acolher parcialmente os embargos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de maio de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Estado de Mato Grosso do Sul opõe embargos de declaração, com pedido de efeitos infringentes, com fulcro no art. 535, incisos I e II, do CPC (omissão, contradição e obscuridade), para fins de prequestionamento,

em face do acórdão de p. 1.221-1.227, que, por maioria e contra o parecer do Ministério Público, concedeu parcialmente a segurança em favor de José Feliciano Alves dos Santos, Vladenilson Daniel Olmedo e Sebastião Cunha, para cassar o ato coator, reconhecendo a ilegalidade/nulidade decorrente da ausência de fundamentação e motivação dos atos administrativos que aplicaram as punições disciplinares de demissão e aposentadoria aos impetrantes, bem como determinou o restabelecimento do cargo e de suas aposentadorias, com o pagamento dos vencimentos e vantagens pecuniárias relativamente às prestações vencidas a partir da data da impetração, com a correção legal.

Sustenta, em resumo, que o acórdão padece de vícios na parte que rejeitou a preliminar de coisa julgada material em contraste com outras partes do mérito, uma vez que a premissas lançadas pelos votos condutores são inconciliáveis, contraditórias e geram dubiedade de interpretação e aplicabilidade prática.

Esclarece que, a f. 1.206-1.208 foi asseverado e decidido expressamente que houve coisa julgada material (art. 267, V) no anterior mandado de segurança impetrado pelos recorridos, de n. 2008.037958-3, sobre o qual se aduziu que houve decisão de mérito quanto à legalidade do PAD 002/2007-CGPC e das punições administrativas aplicadas desfavoravelmente contra os impetrantes, uma vez que *"lá se aventou e se decidiu sobre os fundamentos jurídicos do pedido de anulação do PAD 002/2007-CGPC, dentre eles, a legalidade da pena de demissão e cassação das aposentadorias, fato esse corroborado em f. 1.217 ao decidir que '...Desse modo, havendo coisa julgada na mencionada matéria constitucional relativa à juridicidade da conversão da penalidade de demissão em cassação de aposentadoria, deixo de analisá-la'"*.

Assevera que *"a tese de nulidade absoluta dos atos punitivos dos recorridos sob a suposta premissa de ausência de motivação era possível de ter sido ventilada quando do ajuizamento do Mandado de Segurança n. 2008.037958-3, já que não se trata de novos atos punitivos aplicados em sede de revisional de processo administrativo disciplinar, mas sim atos punitivos antigos e que já foram analisados oportunamente nos autos n. 2008.037958-3"* (pág. 13), razão pela qual o acórdão embargado contrariou o princípio do dedutível e deduzido previsto no art. 474 do CPC, segundo o qual a coisa julgada incide não apenas sobre as questões que tenham sido explicitamente decididas no dispositivo, mas também sobre as que poderiam ter sido alegadas e não foram.

Adiciona, em outras palavras, que a matéria enfrentada pelo colegiado (tanto na preliminar de coisa julgada material, quanto no mérito da lide propriamente dito) já está sob o manto da coisa julgada material (art. 467 do CPC), uma vez que os atos punitivos, ora ressuscitados pelos embargados sob a nova roupagem de "ausência de motivação destas punições", são antigos, pois já existiam ao tempo da confecção da inicial do Mandado de Segurança n. 2008.037958-3, ou seja, essa tese ventilada no presente *writ* era passível de ser detectada, arguida e pedida por ocasião do ajuizamento do mandado de segurança anterior, o que não ocorreu, motivo por que o acórdão embargado, ao não analisar tal peculiaridade, incorreu em omissão e contrariedade direta ao art. 467 e 474, ambos do CPC.

Alega que a decisão embargada também padece de omissão e contradição relativamente ao tema "ausência de motivação da decisão que puniu os recorridos", por não ter aplicado, de ofício, a regra do § 1º do art. 50 da Lei Federal n. 9.784/99, a qual permite que a decisão *per relationem* se dê pela simples *"declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato"*.

Prequestionando os dispositivos legais invocados (art. 267, V [coisa julgada], art. 467 [coisa julgada material], arts. 473 e 474 [princípio do dedutível e deduzido], todos do CPC, e art. 50, § 1º, *in fine*, da Lei federal n. 9.784/99), para fins recursais às instâncias superiores (STJ e STF), requer o provimento dos Embargos Declaratórios, com efeitos modificativos, para que sejam sanados os vícios de omissão,

contradição e obscuridade apontados, com o escopo de denegar a segurança, seja pelo acolhimento da preliminar de coisa julgada material, seja pela denegação em seu mérito, ante a existência de decisão *per relationem* alusiva à punição administrativa aplicada contra os embargados.

VOTO

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

Trata-se de embargos declaratórios opostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com pedido de efeitos infringentes, com fulcro no art. 535, incisos I e II, do CPC (omissão, contradição e obscuridade), para fins de prequestionamento, em face do acórdão de p. 1.221-1.227, que, por maioria e contra o parecer do Ministério Público, concedeu parcialmente a segurança em favor de José Feliciano Alves dos Santos, Vladenilson Daniel Olmedo e Sebastião Cunha, para cassar o ato coator, reconhecendo a ilegalidade/nulidade decorrente da ausência de fundamentação e motivação dos atos administrativos que aplicaram as punições disciplinares de demissão e aposentadoria aos impetrantes, bem como determinou o restabelecimento do cargo e de suas aposentadorias, com o pagamento dos vencimentos e vantagens pecuniárias relativamente às prestações vencidas a partir da data da impetração, com a correção legal.

Sustenta, em resumo, que o acórdão padece de vícios na parte que rejeitou a preliminar de coisa julgada material em contraste com outras partes do mérito, uma vez que a premissas lançadas pelos votos condutores são inconciliáveis, contraditórias e geram dubiedade de interpretação e aplicabilidade prática.

Esclarece que, a f. 1.206-1.208 foi asseverado e decidido expressamente que houve coisa julgada material (art. 267, V) no anterior mandado de segurança impetrado pelos recorridos, de n. 2008.037958-3, sobre o qual se aduziu que houve decisão de mérito quanto à legalidade do PAD 002/2007-CGPC e das punições administrativas aplicadas desfavoravelmente contra os impetrantes, uma vez que *"lá se aventou e se decidiu sobre os fundamentos jurídicos do pedido de anulação do PAD 002/2007-CGPC, dentre eles, a legalidade da pena de demissão e cassação das aposentadorias, fato esse corroborado em f. 1.217 ao decidir que '(...) Desse modo, havendo coisa julgada na mencionada matéria constitucional relativa à juridicidade da conversão da penalidade de demissão em cassação de aposentadoria, deixo de analisá-la'"*.

Assevera que *"a tese de nulidade absoluta dos atos punitivos dos recorridos sob a suposta premissa de ausência de motivação era possível de ter sido ventilada quando do ajuizamento do Mandado de Segurança n. 2008.037958-3, já que não se trata de novos atos punitivos aplicados em sede de revisional de processo administrativo disciplinar, mas sim atos punitivos antigos e que já foram analisados oportunamente nos autos n. 2008.037958-3"* (pág. 13), razão pela qual o acórdão embargado contrariou o princípio do dedutível e deduzido previsto no art. 474 do CPC, segundo o qual a coisa julgada incide não apenas sobre as questões que tenham sido explicitamente decididas no dispositivo, mas também sobre as que poderiam ter sido alegadas e não foram.

Adiciona, em outras palavras, que a matéria enfrentada pelo colegiado (tanto na preliminar de coisa julgada material, quanto no mérito da lide propriamente dito) já está sob o manto da coisa julgada material (art. 467 do CPC), uma vez que os atos punitivos, ora ressuscitados pelos embargados sob a nova roupagem de "ausência de motivação destas punições", são antigos, pois já existiam ao tempo da confecção da inicial do Mandado de Segurança n. 2008.037958-3, ou seja, essa tese ventilada no presente *writ* era passível de ser detectada, arguida e pedida por ocasião do ajuizamento do mandado de segurança anterior, o que não ocorreu, motivo por que o acórdão embargado, ao não analisar tal peculiaridade, incorreu em omissão e contrariedade direta ao art. 467 e 474, ambos do CPC.

Alega que a decisão embargada também padece de omissão e contradição relativamente ao tema "ausência de motivação da decisão que puniu os recorridos", por não ter aplicado, de ofício, a regra do § 1º do art. 50 da Lei Federal n. 9.784/99, a qual permite que a decisão *per relationem* se dê pela simples *"declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato"*.

Prequestionando os dispositivos legais invocados (art. 267, V [coisa julgada], art. 467 [coisa julgada material], arts. 473 e 474 [princípio do dedutível e deduzido], todos do CPC, e art. 50, § 1º, *in fine*, da Lei federal n. 9.784/99), para fins recursais às instâncias superiores (STJ e STF), requer o provimento dos Embargos Declaratórios, com efeitos modificativos, para que sejam sanados os vícios de omissão, contradição e obscuridade apontados, com o escopo de denegar a segurança, seja pelo acolhimento da preliminar de coisa julgada material, seja pela denegação em seu mérito, ante a existência de decisão *per relationem* alusiva à punição administrativa aplicada contra os embargados.

Como externado no relatório, o embargante sustenta que o acórdão padeceria de vícios na parte que rejeitou a preliminar de coisa julgada material em contraste com outras partes do mérito, uma vez que a premissas lançadas pelos votos condutores são inconciliáveis, contraditórias e geram dubiedade de interpretação e aplicabilidade prática.

Reanalisando o teor do acórdão não detectei, porém, as falhas apontadas. Pelo que se infere das razões contidas nos embargos declaratórios, o embargante pretende mesmo é a reforma do acórdão, por discordar do resultado do julgamento, mas a via escolhida não é apropriada.

A emenda do julgado, constante à pág. 1.201 do Mandado de Segurança, por si só, já elucida os pontos trazidos à baila pelo embargante, *verbis*:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – PERITO PAPILOSCOPISTA (SERVIDOR DA ATIVA) E AGENTES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA (APOSENTADOS) – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DEMISSÃO DO SERVIDOR DA ATIVA E DEMISSÃO DOS SERVIDORES APOSENTADOS, CONVERTIDA EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO DOS ATOS PUNITIVOS – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA PARA A CONVERSÃO DE PENALIDADE DE DEMISSÃO EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO DA PENA DESVINCULADA DO DIREITO CERCEADO OU CASSADO (DIREITO CONSTITUCIONAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ARTS. 5º, XXXVI, 6º E 40 CF) – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – COISA JULGADA – CASSAÇÃO DO ATO COATOR – PAGAMENTO RETROATIVO DE VENCIMENTOS E VANTAGENS – CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA.*
>
> *I – Deixa-se de conhecer a tese, juridicamente aceita pelo órgão especial da Corte Sul-Mato-Grossense no Mandado de Segurança nº 2012.0133350-1 (0014055-29.2012.8.12.0000), de inconstitucionalidade da conversão da demissão em cassação de aposentadoria de servidor, em vista da incompatibilidade com o regime previdenciário dos servidores, direito fundamental de caráter contributivo e atuarial, por ofensa aos artigos 5º, XXXVI, 6º e 40, todos da Constituição Federal, em virtude de já ter sido apreciada em outro mandado de segurança, já transitado em julgado.*
>
> *II – O princípio da motivação acarreta o dever de a autoridade julgadora expor, de modo explícito, os fundamentos de fato e de direito em que alicerça a sua decisão, sem o que deve ser declarada a nulidade do ato administrativo.*

> *III – O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.*
>
> *A preliminar da coisa julgada material, rejeitada, por unanimidade, pelo Colegiado, por intermédio do voto condutor do Relator nato, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, que por um lapso não constou na ementa, não se confunde com a matéria ventilada no voto condutor de minha autoria, externada na parte do mérito do acórdão.*

Com efeito, na primeira matéria, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva rechaçou, com objetividade e clareza ímpar, a preliminar de coisa julgada, o que já afasta as teses levantadas de omissão, contradição e obscuridade, a saber:

> *[...] A autoridade impetrada e a Procuradoria-Geral de Justiça suscitam preliminar de coisa julgada material.*
>
> *Em análise do anterior mandado de segurança ajuizado pelos ora impetrantes (autos n. 208.037958-3), constata-se que foram três os fundamentos jurídicos do pedido de anulação do PAD 02/207-CGPC, quais sejam: prescrição, ilegalidade da pena de demissão e cassação das aposentadorias e, ainda, necessidade de suspensão do processo administrativo disciplinar até resolução de mérito de processo criminal que envolvia os mesmos fatos (f. 124-143). [...]*
>
> *Já neste mandado de segurança os impetrantes trazem a debate suposta nulidade absoluta dos Decretos "P" ns. 4.263, 4.264 e 4.265, ao fundamento de que não foram motivados, situação que anularia todo o processo administrativo 02/207-CGPC. Sustentam que o ato coator "desatendeu o princípio da motivação dos atos administrativos, uma vez que não se sabe quais foram as razões de ordem fática e jurídica, emanadas da autoridade competente, que levaram à demissão dos impetrantes, devendo, assim, o ato administrativo ser cassado pelo Judiciário, de forma a restaurar a legalidade" (sic, f. 7).*
>
> *Veja-se, pois, que muito embora haja identidade de propósito (causa de pedir remota e pedido) entre este mandado de segurança e aquele anterior (autos n. 2008.037958-3), vale dizer, a obtenção da declaração de nulidade dos decretos de demissão, com o efeito de reintegração ao cargo de policial ao primeiro impetrante e restabelecimento das aposentadorias dos demais, os fundamentos jurídicos do pedido (casa de pedir próxima), são diversos, já que suscitam nulidade absoluta do processo administrativo disciplinar 02/207-CGPC, decorrente da invocada ausência de motivação da autoridade coatora que acabou por demiti-los dos respectivos cargos da carreira da polícia civil.*
>
> *Por serem diversos os fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir próxima), onde se invoca nulidade por ausência de motivação da autoridade impetrada, entendo que é o caso de rejeição da preliminar de ofensa à coisa julgada material.[...]* (Págs. 1.206-1.207).

Já no meu voto, ao divergir do relator, quanto ao mérito, fiz questão de ressalvar meu ponto de vista no tocante à tese de inconstitucionalidade da conversão da demissão em cassação de aposentadoria de servidor, em vista da incompatibilidade com o regime previdenciário dos servidores, direito fundamental de caráter contributivo e atuarial, por ofensa aos artigos 5º, XXXVI, 6º e 40, todos da Constituição Federal, em virtude de já ter sido apreciada em outro mandado de segurança, já transitado em julgado.

Naquela ocasião, assim me manifestei:

> *[...] Ocorre que tal matéria não merece ser conhecida agora por este Tribunal, pois, conforme os próprios impetrantes lealmente informaram (p. 3), foi ela apreciada no mandamus 2008.037958-3, impetrado também nesta Corte e sob minha relatoria – as cópias da respectiva petição inicial e acórdão estão acostadas às p. 124-33 e 144-65.*
>
> *Desse modo, havendo coisa julgada*[1] *na mencionada matéria constitucional relativa à juridicidade da conversão da penalidade de demissão em cassação de aposentadoria, deixo de analisá-la de ofício – registrando, entretanto, que essa solução processual não reflete a atual jurisprudência meritória deste Tribunal de Justiça.*
>
> *Nada obstante, sobre o tema trazido expressamente na impetração, respeitosamente, estou abrindo divergência do ilustre relator, para conceder parcialmente a segurança pleiteada.*
>
> *Isso porque o ato coator padece, sim, da ilegalidade anunciada na petição inicial, violando direito líquido e certo dos impetrantes, qual seja, o direito de terem deferido seu pedido de revisão do processo disciplinar que resultou em sua punição, em virtude de nulidade/ilegalidade absoluta, consistente na ausência de fundamentação e motivação dos atos punitivos. [...]* (Pág. 1.217).

Logo, cotejando a decisão que repeliu a preliminar de coisa julgada material, por meio do voto condutor do relator nato, com a ressalva contida na minha decisão, verifica-se que não existe, em absoluto, qualquer incompatibilidade, contradição, omissão ou obscuridade.

Destaca-se que, neste aspecto, o embargante, em uma peça confusa – esta, sim, obscura, contraditória e omissa –, confundiu os fundamentos externados no corpo do acórdão.

Outrossim, inócua é a tese esposada nestes embargos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, de que o acórdão teria contrariado o princípio do dedutível e deduzido previsto no art. 474 do CPC[2], segundo o qual a coisa julgada incide não apenas sobre as questões que tenham sido explicitamente decididas no dispositivo, mas também sobre as que poderiam ter sido alegadas e não foram.

Com efeito, o meio utilizado pelo embargante é impróprio e inadequado ao que pretende, uma vez que o objetivo dos embargos de declaração consiste apenas em esclarecer, interpretar ou completar o ato impugnado, em benefício de sua compreensão, não podendo ser utilizado como via recursal pura.

No tocante ao cerne da tese, acolhida, por maioria, pelo colegiado, quanto à nulidade dos atos administrativos, que deram ensejo ao ajuizamento do Mandado de Segurança, o acórdão não poderia ter sido mais claro, conforme restou assentado na ementa:

O princípio da motivação acarreta o dever de a autoridade julgadora expor, de modo explícito, os fundamentos de fato e de direito em que alicerça a sua decisão, sem o que deve ser declarada a nulidade do ato administrativo. (Pág. 1.201).

Como externado no acórdão embargado, o Governador do Estado, nos atos administrativos aplicadores da demissão e das aposentadorias (p. 53-5), apenas fez mera referência à "decisão do Processo Administrativo Disciplinar n. 002/2007-CGPC/SEJUSP/MS", quando, em verdade, inexistia decisão

1 Ver extrato processual do TJMS, f. 166-8. Ver, ainda, o RMS 30.260, interposto contra o acórdão do TJMS, tendo sido arquivado pelo STJ, que homologou a desistência do recurso, prevalecendo, portanto, a decisão desta Corte, f. 169-78.

2 CPC: Art. 474. 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 a rejeição do pedido.

alguma a respeito de tais penalidades, justamente porque competia, exclusivamente, à sua Excelência julgar o procedimento,[3] proferindo, portanto, uma decisão administrativa fundamentada e motivada[4].

Tanto é assim que a própria Procuradoria-Geral do Estado, em parecer homologado pelo senhor Procurador-Geral (p. 40-9), realizou "*encaminhamento dos autos à autoridade competente para o julgamento"* (p. 48) – o que obrigatoriamente pressupõe fundamentação e motivação.

Registre-se que foi justamente isso que fez a autoridade impetrada, quando praticou o ato impugnado como coator, isto é, julgou, fundamentada e motivadamente, o pedido de revisão, indeferindo o pleito (p. 296-7) – o que, repita-se, deixou de fazer quando aplicou as penalidades (p. 53-5).

Por outro lado, não havia como acolher os argumentos de defesa do ato coator, apresentados pela autoridade impetrada e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, segundo os quais a motivação teria sido realizada "*per relationem"*, aliunde ou por referência, isto é, mediante "*remissão a outras manifestações ou peças processuais constantes dos autos e cujos fundamentos justificam e integram a decisão proferida*" (p. 291).

Isso porque, ao contrário do que exige a denominada "técnica de motivação *per relationem*", bem como as respectivas doutrina e jurisprudência citadas pela defesa (p. 330-3 e 1.185-7), a autoridade impetrada sequer transcreveu nos atos aplicadores das penalidades qualquer justificativa advinda de órgãos técnicos de assessoramento, tampouco tendo se reportado a alguma peça ou manifestação específica – deixando absolutamente, portanto, de indicar qualquer fundamento fático ou jurídico que embasasse a aplicação das penas capitais do funcionalismo público.

Não há, assim, sequer como inferir que a autoridade impetrada tenha se valido da manifestação do senhor Secretário de Justiça ou de qualquer outro órgão auxiliar.

Aliás, o próprio Governador do Estado (p. 230-4), ao despachar, recebendo o pedido administrativo de revisão, reconheceu que não havia nos autos a decisão fundamentada da autoridade competente, mas apenas os atos de aplicação da pena de demissão e cassação da aposentadoria.

O mesmo aconteceu com a comissão de Delegados de Polícia (p. 254-9), designada pelo Conselho Superior da Polícia Civil (p. 246), a qual, confirmando as razões inaugurais do Governador do Estado, recomendou a anulação dos atos punitivos, por reconhecer a nulidade formal dos Decretos "P" nºs 4.263, 4.264 e 4.265, de 28 de novembro de 2008, tese encampada pela Procuradoria-Geral do Estado.

Ora, tendo sido esses os argumentos utilizados para fundamentar o julgado, que reconheceu a violação do direito líquido e certo dos embargados, concedendo-lhes a segurança pleiteada, não há como se admitir, em sã consciência, que o acórdão padeça dos vícios apontados nos embargos.

A omissão, a obscuridade e a contradição têm conotação precisa: a primeira ocorre quando o acórdão deixa de se pronunciar sobre matéria devolvida com o recurso; a segunda, quando falta clareza ao acórdão; a terceira, quando há falta de coerência entre uma afirmação e outra, circunstâncias, como visto, inexistentes no caso em tela.

Ademais, a eventual ausência de menção explícita a um ou outro dispositivo não implica em omissão, obscuridade ou contradição, uma vez que foram decididas, na essência, todas as questões postas a julgamento.

3 Art. 175. São competentes para imposição de pena disciplinar: I - o Governador, privativamente, nos casos de demissão de policial civil;

4 Art. 173. O ato originador da demissão do servidor policial civil mencionará sempre, a causa da penalidade (sic).

O fato é que o embargante aborda de forma parcial e isolada a motivação do acórdão, olvidando a análise do julgado em sua integralidade, o que desautoriza a tese da existência dos vícios relacionados nos embargos.

Se o julgado adotou determinada tese que se confronta com a esposada pelo embargante, aquele não necessitava especificar que as razões contrárias ficavam rejeitadas.

No tocante ao prequestionamento, é de se lembrar que o juiz não aplica o direito conforme a pretensão das partes, mas sim de acordo com o seu livre convencimento (CPC, art. 131), de sorte que basta encontrar e justificar o motivo que o persuadiu acerca de que razão está com esta ou aquela parte, para encerrar a lide, acolhendo ou não os pedidos formulados, sem necessidade de responder a um verdadeiro questionário declinado por quem pretenda chegar à superior instância, fazendo expressa referência sobre cada dispositivo legal abordado.

Neste sentido a lição de Nelson Nery Júnior, em sua obra "Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Outras Formas de Impugnação das Decisões Judiciais":

> *[...] Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida. [...]* (Editora RT, p. 859, 2001).

Assim, basta ao magistrado encontrar e justificar o motivo que o persuadiu acerca de que a razão está com esta ou aquela parte, para encerrar a lide, acolhendo ou não o pedido do autor, sem necessidade de responder a um verdadeiro questionário declinado por quem pretenda chegar à superior instância, fazendo expressa referência sobre cada dispositivo legal por ela abordado.

Atento a interpretações desse jaez, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM FIM DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO AO 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.*
>
> *Os embargos de declaração possuem finalidade determinada pelo artigo 535 do CPC e, excepcionalmente, podem conferir efeito modificativo ao julgado. Admitem-se também embargos para o fim de prequestionamento (Súmula 98-STJ).*
>
> *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. Assim, não há que se falar em violação ao artigo 535, II, do CPC.*
>
> *Agravo a que se nega provimento.* (Ag. Rg. no Ag. Inst. nº 183.649-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5a Turma, v.u., j. em 1.10.98, pub. no DJU de 14.12.98, p. 280).

Em outro precedente oriundo do Órgão Especial desta Corte, da minha relatoria, decidiu-se:

> *Se o acórdão está suficientemente fundamentado e não há omissão e obscuridade, a oposição de embargos declaratórios somente para prequestionamento e rediscussão da matéria desvirtua a finalidade do recurso, motivo pelo qual devem ser rejeitados.* (ED em Mandado de Segurança n. 2009.007325-1/0001-00, j. em 24.3.2010, v.u.).

Nessa esteira, colhe-se o seguinte aresto proveniente do mesmo Superior Tribunal de Justiça:

> *Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no artigo 535 do Código de Processo Civil, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Inocorrentes as hipóteses de obscuridade, contradição, omissão, ou ainda erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real intento é a obtenção de efeitos infringentes.* (EDResp 511.922/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T, j. em 21.2.06, DJ 13.3.2006 p. 189).

Por derradeiro, atente-se para o que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal: "*Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional devida pelo Estado-Juiz (...) Não se prestam a uma nova valoração jurídica dos fatos envolvidos na lide."* (JSTF 180/349).

Enfim, reitere-se que o objetivo dos embargos de declaração consiste apenas em esclarecer, interpretar ou completar o ato impugnado, em benefício de sua compreensão.

Portanto, tendo o acórdão se posicionado clara e coerentemente sobre toda a matéria questionada no Mandado de Segurança e nas informações, afasta-se a pecha de contradição, obscuridade, omissão ou ilegalidade levantada nos embargos, bem assim a ofensa aos dispositivos legais prequestionados.

Todavia, é de rigor admitir que houve omissão, na ementa, sobre a preliminar de coisa julgada material, repelida, à unanimidade, pelo colegiado, irregularidade não detectada pelos embargantes.

Ante o exposto, dou provimento parcial aos embargos declaratórios, para corrigir, de ofício, a omissão, na ementa, da parte do julgado que rejeitou, à unanimidade, a preliminar de coisa julgada material, ementa essa que deverá ser grafada com um item a mais, da seguinte maneira:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – PERITO PAPILOSCOPISTA (SERVIDOR DA ATIVA) E AGENTES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA (APOSENTADOS) – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DEMISSÃO DO SERVIDOR DA ATIVA E DEMISSÃO DOS SERVIDORES APOSENTADOS, CONVERTIDA EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO DOS ATOS PUNITIVOS – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA PARA A CONVERSÃO DE PENALIDADE DE DEMISSÃO EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO DA PENA DESVINCULADA DO DIREITO CERCEADO OU CASSADO (DIREITO CONSTITUCIONAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ARTS. 5º, XXXVI, 6º E 40 CF) – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – COISA JULGADA – CASSAÇÃO DO ATO COATOR – PAGAMENTO RETROATIVO DE VENCIMENTOS E VANTAGENS – CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA.*
>
> *I – Sendo os fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir próxima) diferentes entre si nas duas demandas (MS-2008.037958-3 e MS-1415835-48.2014.8.12.0000), rejeita-se a preliminar de coisa julgada material.*
>
> *II – Deixa-se de conhecer a tese, juridicamente aceita pelo órgão especial da Corte Sul-Mato-Grossense no Mandado de Segurança nº 2012.0133350-1 (0014055-29.2012.8.12.0000), de inconstitucionalidade da conversão da demissão em cassação de aposentadoria de servidor, em vista da incompatibilidade com o regime previdenciário dos servidores, direito fundamental de caráter contributivo e atuarial, por ofensa aos artigos 5º, XXXVI, 6º e 40, todos da Constituição Federal, em virtude de já ter sido apreciada em outro mandado de segurança, já transitado em julgado.*

III – O princípio da motivação acarreta o dever de a autoridade julgadora expor, de modo explícito, os fundamentos de fato e de direito em que alicerça a sua decisão, sem o que deve ser declarada a nulidade do ato administrativo.

IV – O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade acolheram parcialmente os embargos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 27 de maio de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0038833-94.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – DESISTENCIA INJUSTIFICADA DA VENDEDORA – PERDAS E DANOS – CONFIGURADO – DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – TRINÔMIO REPARAÇÃO-PUNIÇÃO-PROPORCIONALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não é possível que se obrigue a apelada a efetivar o financiamento, pois conforme informações prestadas pela instituição financeira a proposta de financiamento imobiliário não foi contratada em função da desistência das partes e, em razão do decurso de prazo, para dar sequência ao processo deverá ser apresentada nova documentação para análise de crédito. À vista disso, resta impossibilitado o financiamento pretendido, ante a invalidade do negócio entabulado entre as partes.

É possível verificar que os apelantes foram submetidos à situação extremamente desagradável, fazendo jus à pretensão reparatória, pois instituído o fato de maiores repercussões, configurando dano moral. Desta feita, considerando principalmente a capacidade econômica das partes, fixo a indenização em R$ 8.000,00 (oito mil reais).

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

Campo Grande, 2 de junho de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Geisy Martins Vidal e Luis Ney Nascimento dos Santos apelam da sentença que nos autos da ação de obrigação de fazer c/c Indenização por danos morais e materiais, ajuizada em desfavor de Janete Belchior de Oliveira, julgou parcialmente procedente o pedido.

Alegam, em síntese, que o vencimento da avaliação de crédito perante a Caixa Econômica Federal não obsta a concretização do negócio firmado entre as partes, visto que a qualquer tempo pode ser encaminhado novo pedido, sendo necessário apenas que a apelada assine a transmissão do domínio e entregue os documentos referentes ao seu divórcio – obrigação que deveria ser cumprida há quatro anos.

Sustentam que é possível o acolhimento do pedido principal, qual seja, efetivar a compra do imóvel e prosseguir com o financiamento, pois não houve alteração nas condições do imóvel e o crédito dos apelantes já foi aprovado naquela ocasião, não havendo motivos para não o ser novamente.

Ao final, pede pelo provimento do recurso e, alternativamente, pela parcial reforma da sentença, para condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

Prequestionam todos os dispositivos legais e constitucionais aduzidos no apelo.

Resposta às fls. 173-175.

VOTO

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

Consta dos autos que as partes firmaram compromisso de compra e venda referente ao terreno n. 19, quadra 48, do Bairro Santa Luzia, nesta capital, pelo valor de R$ 38.500,00 (trinta e oito mil e quinhentos reais), o qual seria pago pelos apelantes mediante financiamento pela Caixa Econômica Federal.

Todavia, para que fosse possível financiar o terreno, os apelantes pagaram a título de adiantamento a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais) (fl. 10), efetuaram o pagamento do IPTU no valor de R$ 331,96 (trezentos e trinta e um reais e noventa e seis centavos) (fl. 40) e projeto residencial para futura construção no montante de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) (fl. 12-13).

Conforme se depreende dos autos, a proprietária do bem, ora apelada, assinou a proposta de compra e venda e aceitou o termo que previa o pagamento mediante financiamento, porém, *"desistiu injustificadamente de concretizar o negócio pré contratado, devendo responder pelas conseqüências e prejuízos que deu causa.*" (fl. 144)

Contudo, inobstante as alegações dos apelantes, não é possível que se obrigue a apelada a efetivar o financiamento, pois conforme informações prestadas pela Caixa Econômica Federal (fl. 132): "*A proposta de financiamento imobiliário não foi contratada em função da desistência das partes. Em razão do decurso de prazo, para dar sequência ao processo deverá ser apresentada nova documentação para análise de crédito*." À vista disso, resta impossibilitando o financiamento pretendido, ante a invalidade do negócio entabulado entre as partes.

Ademais, o magistrado sentenciante acertadamente consignou: "*Diante disso, cabe a conversão em perdas e danos, conforme pedido alternativo, devendo a parte vendedora desistente, restituir o valor pago pelos autores, mais o seu correspondente, na forma prevista no artigo 420 do CC, além de indenização suplementar."* (fl. 145)

Devendo a sentença ser mantida neste ponto.

Com relação à ausência de condenação em indenização por danos morais, a sentença comporta reparos. A indenização por dano moral é devida quando se verifica a lesão a um dos direitos da personalidade. *In casu*, compulsando os autos, é possível verificar que os apelantes foram submetidos à situação imensamente desagradável, visto que cumpriram com sua obrigação na relação contratual e não obtiveram o terreno por desistência imotivada da apelada, fazendo jus à pretensão reparatória, pois instituído o fato de maiores repercussões, configurando dano moral.

Por oportuno:

> *AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. Pretensão dos compromissários compradores contra a compromitente vendedora. Sentença de procedência em parte para decretar a rescisão por culpa da compromitente vendedora, restando obrigada a devolver a integralidade dos valores desembolsados pelos adversos, inclusive para regularização do imóvel, e arras em dobro. Sucumbência recíproca. (...) fixação de indenização por danos morais; contraprestação pelos serviços para regularização do imóvel; condenação da apelada pelos ônus da sucumbência. (...) Danos morais. Pretensa aquisição de casa própria. Frustrada a conclusão do ajuste em razão da necessidade de regularização do imóvel. Frustração por culpa da compromitente vendedora. Sofrimento psicológico. Necessidade de compensação (...) Desistência da compromitente vendedora sem antes conceder prazo para que os compromissários obtivesse o financiamento. Inadmissibilidade. Obrigatoriedade de expedição de notificação para constituir em mora os compromissários compradores. (...) (*TJ-SP - APL: 00710826020118260114 SP 0071082-60.2011.8.26.0114, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 13/11/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/11/2014)

O valor da indenização não pode ser baixo a ponto de se tornar irrelevante para o ofensor e nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. Com efeito, atendendo-se ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade, 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.

Esse é, aliás, o posicionamento assente nesta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C REPARAÇÃO DE DANOS – ALTERAÇÃO DO PEDIDO APÓS CONTESTAÇÃO – VEDAÇÃO – MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – DUPLICATAS LEVADAS A APONTAMENTO NO CARTÓRIO DE PROTESTO – COMPRA DE PRODUTOS NÃO REALIZADA PELA AUTORA – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR FIXADO QUE NÃO ATENDE O BINÔMIO REPARAÇÃO/PUNIÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL. [...] O valor da indenização deve atender o binômio reparação/punição, amenizando o abalo moral experimentado pela vítima e ao mesmo tempo provocar efeitos no patrimônio do réu a fim de desencorajá-lo a praticar condutas semelhantes"* (Apelação Cível nº 2006.019375-0/0000-00 – Amambai. Segunda Câmara Cível. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Julgamento 12.12.2006).

Desta feita, atendendo aos critérios acima mencionados e considerando principalmente a capacidade econômica das partes e a negativação indevida, arbitro a indenização em R$ 8.000,00 (oito mil reais), a ser paga pela apelada.

No tocante ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos invocados.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso para condenar a apelada ao pagamento de dano moral no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescido de juros desde a data do efetivo desembolso e correção monetária desde o arbitramento (súmula 362 do STJ). Mantenho a sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 02 de junho de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0047449-58.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – OUTORGA UXÓRIA – INEXISTÊNCIA – NULIDADE ABSOLUTA – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A ação de usucapião de bem imóvel versa sobre direitos reais imobiliários, de modo que a capacidade da parte autora depende da outorga uxória de seu cônjuge, a teor do artigo 10, *caput* do Código de Processo Civil.

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, com o parecer.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora, em subst. legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Alessandra Martins dos Santos Gomes apela da sentença (fls. 433/436) proferida nos autos da ação de usucapião extraordinária que move em desfavor de João Teodorico de Souza (Espólio), Ana Virgínia Soares de Souza (Espólio) e Outros, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto processual e de condição da ação, com esteio no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

Sustenta, em síntese, a ocorrência de falha na intimação da decisão que determinou a composição de seu cônjuge no polo ativo da ação, e que sequer houve reiteração via intimação pessoal para saneamento da suposta irregularidade antes da extinção do feito sem resolução do mérito.

Assevera a desnecessidade de outorga marital para o ajuizamento da ação de usucapião, por não ocasionar prejuízo ao patrimônio.

Ao final, requer o provimento do apelo para que a sentença seja anulada, devolvendo-se os autos à comarca de origem para regular processamento e julgamento do feito.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 471/477.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 483/488, opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Inicialmente, o apelante alega falha na intimação da decisão que determinou a composição de seu cônjuge no polo ativo da ação.

Pois bem. É cediço que não implica em nulidade do ato processual a ausência de intimação formal nos casos em que a parte comparece espontaneamente aos autos, por deduzir-se a ciência inequívoca dos acontecimentos, configurando, assim, mera irregularidade processual.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento jurisprudencial:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CARTA PRECATÓRIA – IRREGULARIDADE NA PENHORA – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA EM TRÂMITE PELO JUÍZO DEPRECANTE – IMPOSSIBILIDADE DO JUÍZO DEPRECADO ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO SEM DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DEPRECANTE – IMPOSSIBILIDADE DE REMESSA DOS AUTOS DA CARTA PRECATÓRIA AO JUÍZO DEPRECANTE EM RAZÃO DO NÃO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA POR ÀQUELE JUÍZO – NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS – FALTA DE INTIMAÇÃO – COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS ATOS PRATICADOS – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO SUPRIDA – ATUALIZAÇÃO DE OFÍCIO DO PREÇO CONSTANTE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3.* ***No tocante à ausência de intimação formal dos agravantes executados, o certo é que o comparecimento espontâneo deles no feito supriu a falta da referida intimação.*** *4. O Superior Tribunal de Justiça consagrou a tese de que o magistrado deve proceder a atualização do preço do laudo de avaliação, de maneira a aproximar a avaliação do valor de mercado do bem e evitar que o preço vil seja descaracterizado em virtude do fator inflacionário acumulado nesse entrementes."* (TJMS. 5ª Câmara Cível. Rel. Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. J. 2.12.2014) (g.n.)

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA VENCIDO E NÃO PAGO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONVERSÃO DE AÇÃO MONITÓRIA EM EXECUTIVA. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. FALTA DE INTIMAÇÃO DA PENHORA E AVALIAÇÃO COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. RETIRADA DOS AUTOS EM CARGA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DE TODO O PROCESSADO. CONHECIMENTO DA CONSTRIÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO SUPRIDA. PRAZO EMBARGOS À EXECUÇÃO. INÉRCIA. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. (...). 2. Embora inexista nos autos certidão de intimação da penhora e da avaliação,* ***o comparecimento espontâneo do agravante em juízo supriu as lacunas, gerando mera irregularidade processual. Mesmo porque, o comparecimento espontâneo implica em ciência inequívoca dos atos processuais****, oportunidade em que poderia ter exercido direito de defesa, o que não ocorreu.* (TJMT. AI 116237/2013. 2ª Câmara Cível; Relª Desª Clarice Claudino da Silva; J. 18/12/2013; DJ 21/01/2014)" (g.n.)

Compulsando os autos, denota-se que a parte autora realizou a carga dos autos e manifestou-se quanto ao teor da decisão de f. 219 (fls. 361/362), de modo que afasta-se a alegação de falha na intimação, porquanto esta foi suprida com o comparecimento espontâneo ao feito.

E, não há falar em necessidade de intimação da pessoal da apelante para saneamento da irregularidade antes de declarar-se a extinção do feito, posto que, *in casu*, não houve o julgamento do mérito em razão da ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV e VI, CPC), e, em consonância com o artigo 267, §1º, do CPC, somente se exige a apontada intimação pessoal nos casos dos incisos II e III do dispositivo legal supracitado.

Destarte, não há falar em nulidade da intimação da decisão de fls. 219.

Quanto à alegada desnecessidade de outorga marital para o ajuizamento da ação de usucapião, melhor sorte não merece a apelante.

A ação de usucapião de bem imóvel versa sobre direitos reais imobiliários, de modo que a capacidade da parte autora depende da outorga uxória de seu cônjuge, a teor do artigo 10, *caput* do Código de Processo Civil[1].

Com efeito, o artigo 11 de referida norma legal dispõe que a "*autorização do marido e a outorga da mulher podem suprir-se judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la.*" E, o seu parágrafo único orienta que '***A falta, não suprida pelo juiz, da autorização ou da outorga, quando necessária, invalida o processo.***" (g.n.)

Infere-se, portanto, que referida determinação trata-se de norma cogente, cuja ausência gera a nulidade do processo.

Sobre o tema, os Tribunais Estaduais possuem entendimento de ser imprescindível a outorga uxória em ação que versa sobre direito real imobiliário, *in verbis*:

> *"OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. USUCAPIÃO – ANIMUS DOMINI, TEMPO E POSSE PACÍFICA. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. (...) Em se tratando de ação que versa sobre o direito real imobiliário, a outorga uxória é obrigatória, nos termos do art. 10 do CPC. (...)."* (TJMG. AC 1.0363.08.033355-4/001. 10ª Câmara Cível. Rel. Exmo. Sr. Des. Angela de Lourdes Rodrigues. J. 14.10.2014.)

> *"AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM IMÓVEL. PROCESSUAL CIVIL. AUTOR CASADO. OUTORGA UXÓRIA. OBRIGATORIEDADE. Sendo o autor casado, imprescindível o consentimento de seu cônjuge para propositura da ação de usucapião, a teor do art. 10, caput, do CPC. Ausente esse requisito integrativo da capacidade processual, necessária a desconstituição da sentença para regularização do vício Precedentes desta Corte (...)."* (AC 70021642467. 18ª Câmara Cível. TJRS. Rel. Exmo. Sr. Des. Pedro Celso Pra, J. 6.12.2007)

Diante de tais considerações, por constituir nulidade insanável a inexistência de outorga uxória quando do ajuizamento da ação e após intimação para o saneamento, a manutenção da sentença é a medida de rigor.

Isso posto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

1 Art. 10, *caput*, CPC: "O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários."

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1403325-66.2015.8.12.0000 - Maracaju
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA BLOQUEIO *ON LINE* PELO SISTEMA BACENJUD – CONTA SALÁRIO – PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE VERBA REMANESCENTE – POSSIBILIDADE – PROVA DO CARÁTER SALARIAL DA VERBA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É possível a penhora *on line* em conta corrente do devedor, contanto que ressalvados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter 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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Rafael Mahmoud de Araújo agrava da decisão, proferida nos autos da ação de execução para entrega de coisa incerta (0003834-47-2009.8.12.0014) ajuizada por Coagri - Cooperativa Agropecuária e Industrial Ltda, que desconstituiu em parte a penhora *on line* em sua conta salário.

Relata em síntese o agravante que teve penhorado o numerário de R$ 7.510,05 (sete mil, quinhentos e dez reais e cinco centavos) em sua conta salário junto ao Banco do Brasil S/A, conta 26.061-4, agência 0211-9, usada exclusivamente para o recebimento de seu salário proveniente da empregadora COPASUL – Coop. Agr. Sul Matogrossense.

Sustenta que grande parte do valor objeto da penhora *on line* em sua conta corrente, era referente única e exclusivamente de proventos referente ao mês 06/2013, no valor de R$ 3.218,93 e mês 07/2013, no valor de R$ 3.477,74, valores esses que não teriam sido utilizados pelo agravante.

Assevera que os valores bloqueados são impenhoráveis, conforme comando do art. 649, IV, do Código de Processo Civil, por se tratar de salários do agravante, recebidos em sua conta-salário, conforme se comprova dos extratos bancários de fls. 158/159 (docs. anexos).

Salienta que a existência de vários TED'S efetuado em favor do agravante na aludida conta salário, foram realizados pela empresa empregadora, referentes a pagamentos e/ou reembolsos de despesas de viagens em razão do desempenho do cargo de Assistente Técnico Agronômico Júnior.

Ao final, pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, pela reforma da decisão agravada, a fim de que seja desconstituída a penhora incidente sobre a quantia de R$ 7.510,05, referente à conta corrente nº 26.061-4, ag. 0211-9, do Banco do Brasil, de titularidade do agravante, liberando-a integralmente em favor deste, haja vista o seu caráter alimentar.

Recebido o recurso no efeito suspensivo, foi determinada a requisição de informações ao juiz da causa, a intimação do agravado para responder, querendo, no prazo legal.

Foram prestadas as informações pelo juiz da causa às fls. 82.

VOTO

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

Na hipótese, o agravante teve penhorado o numerário de R$ 7.510,05 (sete mil, quinhentos e dez reais e cinco centavos) em sua conta salário junto ao Banco do Brasil S/A, conta 26.061-4, agência 0211-9, usada para o recebimento de seu salário proveniente da empregadora COPASUL – Coop. Agr. Sul-mato-grossense.

Conforme verifica-se dos autos às fls. 19/23, o juiz *a quo* liberou em favor do agravante a quantia de R$ 3.298,16 (três mil, duzentos e noventa e oito reais e dezesseis centavos), quantia esta referente ao pagamento de salário do mês 07/2013.

Inconformado com a referida decisão o agravante interpôs o presente agravo, requerendo a liberação do valor remanescente, sob o argumento de que referida quantia refere-se a TED´S realizados pela empresa empregadora, relativos a pagamentos e/ou reembolsos de despesas de viagens em razão do desempenho do cargo de Assistente Técnico Agronômico Júnior, que não teriam sido utilizados por ele no momento do bloqueio.

Pois bem, merece guarida em parte a pretensão do agravante, uma vez que restou comprovado nos autos, especificamente às fls. 64/69 que a conta do Banco do Brasil, na qual foram bloqueados valores se trata de conta-salário, sendo que além do recebimento dos proventos realizado em 05/07/2013, haviam também outros depósitos efetuados pela empresa Copasul Cooperativa Agricola Sul. Vejamos:

No mês de maio de 2013, verifica-se às fls. 68 a realização de três transferências *on line*, sendo, dia 23/05, nos valores de R$ 23,50 e R$ 44,87; e no dia 27/05, no valor R$ 386,25.

No mês de junho de 2013, verifica-se às fls.67, a realização de duas transferências *on line*, sendo, dia 03/06, nos valores de R$ 319,50 e R$ 19,25.

Por fim, no mês de julho de 2013, verifica-se às fls.69, a realização de dois depósitos, sendo, no dia 23/07, no valor de R$ 420,00, dia 25/07, no valor de R$417,00 e no dia 26/07 uma transferência *on line*, no valor de R$ 643,25, sendo que a soma dos valores transferidos e depositados perfazem a quantia de R$2.273,63 (dois mil duzentos e setenta e três reais e sessenta e três centavos).

Logo, tratando-se a referida quantia de valores depositados/transferidos pela empresa empregadora da qual o agravante possui vínculo empregatício, conclui-se que tal verba também possui caráter salarial, motivo pelo qual, cumpre determinar o imediato desbloqueio de respectiva quantia, qual seja: R$ 2.273,63 (dois mil duzentos e setenta e três reais e sessenta e três centavos).

Neste sentido:

> *PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VALORES EM CONTA CORRENTE. PROVENTOS DE FUNCIONÁRIA PÚBLICA. NATUREZA ALIMENTAR.IMPOSSIBILIDADE. ART. 649, IV, DO CPC.*
>
> ***1. É possível a penhora "on line" em conta corrente do devedor, contanto que ressalvados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter alimentar.***
>
> *2. É vedada a penhora das verbas de natureza alimentar apontadas no art. 649, IV, do CPC, tais como os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras.*
>
> *3. Recurso especial provido. (*STJ, REsp 904774 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0256316-7 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 18/10/2011). (Destaquei).
>
> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS POR MEIO DO SISTEMA BACEN JUD. APLICAÇÃO CONJUGADA DO ART. 185-A, DO CTN, ART. 11, DA LEI N. 6.830/80, ART. 655 E ART. 655-A, DO CPC. PROPORCIONALIDADE NA EXECUÇÃO. LIMITES DOS ARTS. 649, IV e 620 DO CPC. TEMA JÁ JULGADO PELA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELO ART. 543-C, CPC.*
>
> *1. A interpretação das alterações efetuadas no CPC não pode resultar no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988).*
>
> *2. Em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na busca de uma maior eficácia material do provimento jurisdicional, deve-se conjugar o art. 185-A, do CTN, com o art. 11 da Lei n. 6.830/80 e artigos 655 e 655-A, do CPC, para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, independentemente do esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis. Em suma, para as decisões proferidas a partir de 20.1.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, aplica-se o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil, posto que compatível com o art. 185-A do CTN.*
>
> ***3. A aplicação da regra não deve descuidar do disposto na nova redação do art. 649, IV, do CPC, que estabelece a impenhorabilidade dos valores referentes aos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; às quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, aos ganhos de trabalhador autônomo e aos honorários de profissional liberal.***
>
> *4. Também há que se ressaltar a necessária prudência no uso da nova ferramenta, devendo ser sempre observado o princípio da proporcionalidade na execução (art. 620 do CPC) sem descurar de sua finalidade (art. 612 do CPC), de modo a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial.*

> *5. Tema que já foi objeto de julgamento pela sistemática prevista no art. 543-C, do CPC, e Resolução STJ n. 8/2008, nos recursos representativos da controvérsia REsp. n. 1.112.943-MA, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 23.11.2010, e REsp. n. 1.184.765/PA, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.11.2010. 6. Embargos de divergência não providos.* (STJ, EAg 1090111 /MG, Embargos de Divergência em Agravo 2009/0067617-7 Relator(a) Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, Data do Julgamento 13/12/2010). (Destaquei).

Isso posto, dou parcial provimento ao agravo interposto, para desconstituir o bloqueio que recaiu sobre a conta ao Banco do Brasil, nº 26.061-4, agência 0211-9, relativa à importância de 2.273,63 (dois mil duzentos e setenta e três reais e sessenta e três centavos), mantidos os demais valores.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0026760-32.2007.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – VACINA – ECLOSÃO DOS SINTOMAS DE DOENÇA AUTO-IMUNE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – FALTA DO NEXO CAUSAL – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.

A teor do art. 37, § 6°, da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado é objetiva, apenas sendo excluída na hipótese de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Inexiste dever de indenizar o autor, por danos morais ou materiais, quando submete-se ele a uma vacina (tríplice viral) e, depois dela, começa a desenvolver os sintomas de uma doença auto imune.

O que levaria o Estado (no caso *latu sensu)* ao dever de indenizar seria se, em razão da vacina, o autor passasse a apresentar uma determinada doença. Não contudo, quando passa a apresentar os *efeitos* dela, porque a doença auto imune, regra geral, vem desde o nascimento do indivíduo o qual normalmente sequer tem ciência de sua existência até que ocorre um fator desencadeante, um gatilho, que pode ser a vacinação ou qualquer outra causa, como uma infecção, por exemplo, a partir de quando o sistema de defesa do organismo passa a produzir anticorpos contra o próprio organismo, por força da doença preexistente.

A vacinação, assim, em caso tal, não é a causa da doença, mas eclosão dos sintomas dela, pelo que não se pode atribuir ao Estado o dever de indenizar, ante a ausência de nexo de causalidade entre a vacinação e a doença em si, já anteriormente instalada no corpo do paciente e ali latente, muitas vezes por toda a vida, até que haja causa externa suficiente que proporcione o aparecimento de sintomas.

Se a doença não é consequência da vacina, mas a vacina é causa do aparecimento dos sintomas, consequência necessária da doença, não se pode falar em dever de indenizar por parte do Estado.

A preexistência da doença autoimune, assim, é motivo de força maior que isenta o Estado da responsabilidade pelo desenvolvimento dos sintomas respectivos, que poderiam ocorrer, reafirme-se, por qualquer causa externa, inclusive a vacina, e não necessariamente ela.

Recurso conhecido e provido para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Solução idêntica se dá ao reexame necessário.

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 maioria, dar provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, reformar a sentença, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 7 de abril de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Município de Campo Grande apela da sentença (f. 274-289) do Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, Dr. César de Souza Lima, proferida nos autos da ação de reparação de danos morais e materiais ajuizada por Jeremias Evangelista Alves Teixeira, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na exordial para condenar o requerido ao pagamento de danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigido pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês a partir da prolação da sentença, e de danos materiais na ordem de 1 salário mínimo mensal para o autor até completar 65 anos ou seu passamento, consoante previsão da Súmula n. 490 do Supremo Tribunal Federal. Determinou, ainda, o pagamento das verbas pretéritas a ser implantadas a partir da citação na forma do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997.

Rebate, em resumo, a conclusão do magistrado sentenciante, aduzindo que a doença Púrpura Trompocitopênica Idiopática (PTI) é de causa desconhecida, secundária à destruição excessiva de plaquetas, sendo incabível a responsabilização do ente público, até porque o *expert* judicial informou no laudo que existe relação entre a aplicação da vacina e a reação apresentada, mas as intercorrências são consideradas involuntárias e imprevisíveis.

Sustenta que não existe previsão na literatura médica quanto ao desencadeamento da referida doença após aplicação da vacina tríplice viral, de modo que não há como lhe atribuir responsabilidade objetiva, pois não foi o caso dos seus agentes terem aplicado a vacina sabendo da possibilidade de ocasionar a enfermidade, até porque qualquer um pode ter a doença em apreço e não manifestar, sendo inconcebível exigir comportamento diferente da simples aplicação da vacina, visto se tratar de doença rara e de causa inespecífica.

Argumenta, ainda, a falta de ato lesivo ou violação do dever jurídico preexistente, repisando a tese de que a doença pode ter sido desencadeada por qualquer fator externo.

Alternativamente, pleiteia a redução da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios, bem como a exclusão do pagamento da pensão mensal.

Por fim, requer o provimento recursal.

Contrarrazões às f. 311-320, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

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

I.

Extrai-se dos autos que Jeremias Evangelista Alves Teixeira propôs a demanda objetivando ser ressarcido moral e materialmente pelos danos experimentados em decorrência de doença alegadamente adquirida após ser aplicada vacina Tríplice Viral em posto de saúde municipal.

Juntou diversos documentos (f. 31-155).

Citado, o Município de Campo Grande apresentou contestação às f. 178-186, rechaçando os pedidos deduzidos, contra o que houve impugnação às f. 187-193.

Instruído o feito, inclusive com a produção de prova pericial (f. 22-239), adveio a sentença vergastada, na qual o Município foi condenado a pagar indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e danos materiais consubstanciados no pensionamento mensal no valor de 1 salário mínimo.

Adveio, por conseguinte, o recurso *sub examine*.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer qual o tipo de responsabilidade do ente público quando houver conduta praticada por um agente público a seu serviço.

A responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, incidindo em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos.

Preceitua o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

> *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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Assim, de acordo com o preceito constitucional, a responsabilidade do Estado em face da conduta de seu agente, nessa qualidade, será objetiva, e o dolo ou a culpa do agente só deverá ser analisado em eventual ação regressiva, a ser proposta pelo Estado em face do causador do dano.

Para a configuração desse tipo de responsabilidade bastam três pressupostos: a) fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) dano e c) nexo causal.

Estando o fato concreto subsumido dentro dos requisitos do dispositivo constitucional, a responsabilidade civil do Estado será objetiva, a qual se realiza com a presença da conduta, do dano e do nexo causal.

Segundo lição extraída da obra de Marçal Justen Filho *in Curso de Direito Administrativo*. 3ª edição. Saraiva. São Paulo. 2008. p. 953:

> *"É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano."*

E também de acordo com o grande administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello[1] que nos ensina sobre o porquê da responsabilidade estatal ser objetiva:

> *"O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito."*

O recorrente pretende que seja afastada a sua responsabilidade ao argumento de que a enfermidade que acometeu o autor-apelado não decorreu necessariamente da vacina Tríplice Viral aplicada no Posto de Saúde.

Perscrutando o caderno processual, infere-se que o autor em 24.11.2005 dirigiu-se à rede municipal de saúde para aplicação da vacina tríplice viral, consoante anotado na carteira de vacinação à f. 36, e logo no dia seguinte começou a sentir mialgia, febre não aguda, artralgia e mal-estar, sendo a estes sintomas agregados nos dias subsequentes eritrema no local da vacina, gengivorragia e plaquetopenia, nos termos da ficha de notificação dos eventos adversos pós-vacinais de f. 37.

Em razão do agravamento dos sintomas, procurou auxílio médico no dia 02.12.2005 (f. 77) no posto de saúde e findou encaminhado para o Hospital Universitário no dia 09.12.2005, lá permanecendo internado até 22.12.2005 para tratamento, o qual se estendeu até julho de 2006, necessitando de controle constante, visto que foi diagnosticado com Púrpura Trombocitopênica Idiopática – PTI (CID D69.3).

Conquanto o quadro de Púrpura Trombocitopênica Idiopática – PTI tenha se manifestado após a aplicação da vacina, é certo que o próprio nome da doença com o termo "idiopática" descreve que não há uma causa conhecida. Isto é, de acordo com o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, o significado da palavra "idiopático": "relativo a idiopatia; que se forma ou se manifesta espontaneamente ou a partir de causas obscuras ou desconhecidas; não associado a outra doença".

Tal destaque é relevante, porquanto se circunscreve ao objeto pretendido com a lide em apreço, qual seja, responsabilizar o Município de Campo Grande pelo desencadeamento da doença aventada.

Para tanto faz-se imprescindível a configuração do nexo causal entre a aplicação da vacina e o aparecimento da enfermidade Púrpura Trombocitopênica Idiopática – PTI.

Segundo acurado escólio de Sílvio de Salvo Venosa[2]

> *"O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito".*

Agrega esse raciocínio, ainda, a lição de José dos Santos Carvalho Filho[3]:

> *"A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço.*

1 *In* **Curso de Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 887.

2 *In* **Direito Civil IV** - Responsabilidade Civil, 5ª edição, 2005, Editora Atlas, p. 53.

3 *In* **Manual de Direito Administrativo,** 12ª Edição, 2005,Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, páginas 497-498

> *O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva (...)", sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, latu sensu; c) nexo causal: também denominado nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consectariamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despiciendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa."*

O nexo de causalidade não se perfez na hipótese dos autos, ou seja, não é possível extrair da narrativa delineada nos autos nexo causalidade entre o fato incriminado e o prejuízo, pois é necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar[4].

As assertivas do perito judicial são claras e contundentes, não ensejando dúvidas, pois, com o auxílio de um médico hematologista, concluiu (f. 230-231):

> *"1. Apesar da sequência de acontecimentos nos indicar que há nexo causal entre a vacina aplicada e o quadro purpúrico desencadeado, sugerindo que o periciado desenvolveu uma reação ao componente viral da vacina,* ***devemos considerar o quadro hematológico prévio apresentado, onde o baixo índice de plaquetas foi fator determinante para o agravamento e elevação do grau de comprometimento apresentado****.*
>
> *2. Em sendo decorrente da vacinação, o quadro purpúrico se instalou de forma mais grave e rápida, em decorrência de* ***já existir uma deficiência plaquetária prévia****, culminando nas múltiplas lesões, inclusive de baço, que acabou por ser extirpado.*
>
> *3.* ***Baseando-se na documentação existente, não podemos determinar se estes antecedentes de plaquetopenia ou outras condições adversas prévias foram passadas pelo periciado à equipe de vacinação do Posto de Saúde, sendo que não havendo indícios de quaisquer comprometimentos ou conhecimento de informações relativas a fatores que contraindicam a vacinação, não haveria porque de não ministrar a vacina no periciado****."* (g.n.)

Das elucidações do *expert* não vislumbro o nexo causal imprescindível à pretendida condenação.

Os documentos médicos acostados e o laudo pericial explanam que a PTI é uma doença autoimune em que o próprio organismo indevidamente produz anticorpos contra as próprias plaquetas. O que não se sabe é o porquê dessa reação, melhor dizendo, o porquê do organismo passar a reconhecer as plaquetas como algo estranho e combatê-las.

Da mesma forma, restou esclarecido que não se sabe ao certo o que causa a PTI, mas múltiplos fatores estão provavelmente envolvidos, tais como infecções ou certos medicamentos. Alguns casos aparecem após uma infecção viral ou bacteriana, imunizações, exposição a uma toxina, ou em associação com outra doença, tal como lúpus ou HIV[5].

Deste modo, embora constatada que o quadro severo da doença foi desencadeada após a aplicação da vacina, é certo que não foi "causada" pela vacina, a qual simplesmente pode ter acelerado seu aparecimento, como bem ressaltado no laudo pericial supracitado.

Por outras palavras, sendo o autor portador de doença auto imune, o que não resta dúvida nos autos, a vacina foi um dos elementos que poderia ter desencadeado, como desencadeou no caso, as diversas

4 GONÇALVES, Carlos Roberto in Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, volume IV, 4ª edição, 2009, Editora Saraiva, p. 330-331.

5 Fonte acessada em 01.04.2015: http://www.abrale.org.br/pagina/o-que-causa-a-pti

reações descritas na inicial, fato que poderia ter ocorrido com qualquer outro componente, como uma gripe mais forte, uma baixa geral da imunidade corporal, a aplicação de qualquer outro tipo de injeção ou mesmo ser o autor submetido a qualquer outra vacinação como, por exemplo, contra a febre amarela ou, ainda, da vacina contra a gripe, as quais sabidamente podem provocar mesmo em pessoas sadias o aparecimento de reações alergias que, não fosse a auto imunidade do autor, desapareceriam em poucos dias, ou nem mesmo apareceriam, ou não passariam, como em muitos e milhares de casos, de simples febre.

Há latente, quero assim me expressar, em todo indivíduo sadio, a possibilidade de desenvolver uma reação inflamatória que venha atingir o sistema nervoso periférico, decorrente de uma vacina, que serve como gatilho, como fator desencadeante de uma doença autoimune não manifestada até então e, muitas vezes, congênita.

Nesses casos, a bibliografia médica relata que a vacina funciona como fator desencadeante produzindo anticorpos gerados pelo próprio organismo do indivíduo, como reação à vacina tríplice viral, que é um fator externo capacitador da produção natural de anticorpos, os quais, todavia, passam a atacar outros sistemas do corpo que não aqueles para os quais a vacina foi direcionada.

Isto significa entender que não foi a vacina a causa dos males apresentados pelo autor, mas sim a doença já estava instalada em seu organismo e poderia ser disparada a qualquer momento por qualquer fator externo que tivesse aptidão para fazer o sistema imunológico atuar e, em casos assim, atuando desordenadamente, para além da previsão médica a que a vacina ministrada tinha sua eficácia natural.

A saúde do autor deteriorou-se, assim, lamentavelmente a meu ver, pela deficiência de seu próprio sistema imunológico, da resposta que ele deve dar a fatores externos, como ocorre quando o paciente se submete a uma vacinação, qualquer que seja ela.

Assim, mesmo sendo objetiva a responsabilidade do Município, não existe, todavia, nexo de causalidade que fosse causa suficiente para impor ao município o dever de indenizar. Uma injeção qualquer, tomada em uma farmácia, poderia desenvolver a doença autoimune.

E nem se pode afirmar que seria dever dos médicos que aplicaram a vacina exigir do autor atestado de boa saúde. O autor até poderia apresentar esse atestado médico, porque nem mesmo ele seria sabedor, até então, de ser portador de uma doença autoimune. Como responsabilizar, assim, o ente estatal que aplica a vacina? Poderia ela ter sido aplicada, inclusive, em uma clínica particular, fosse o autor detentor de condições financeiras, e o resultado seria o mesmo.

O que me parece relevante, no caso, é que a vacina, em si mesmo, não foi a causa eficiente da doença que o autor passou a apresentar, por defeito de fabricação ou deficiência dela, ou por estar estragada, ou por estar vencida. Causa eficiente foi a doença autoimune de que o autor já era portador e a vacina foi simplesmente um gatilho que desencadeou os sintomas seguintes que sucessivamente apareceram. A doença poderia se apresentar até por simples quadro infeccioso qualquer apresentado pelo autor.

Não havia possibilidade de previsão da própria doença e da proibição de o autor tomar a vacina, porque a doença autoimune não se manifesta, até que haja um gatilho que a dispare e que coloque os anticorpos em funcionamento, atacando o próprio organismo do paciente.

Na literatura médica se lê que

> *"As doenças autoimunes são um grupo de doenças distintas que têm como origem o fato do sistema imunológico passar a produzir anticorpos contra componentes do nosso próprio organismo. Por motivos variados e nem sempre esclarecidos, o nosso corpo começa a confundir suas próprias proteínas com agentes invasores, passando a atacá-las.*

> *Portanto, uma doença autoimune é uma doença causada pelo nosso sistema imunológico, que passa a funcionar de forma inapropriada.*
>
> *(...) Toda vez que o sistema imunológico se depara com alguma substância estranha, que ele interprete como potencialmente danosa, ele passa a produzir células de defesa e anticorpos para combatê-la. Toda substância estranha capaz de desencadear uma resposta imunológica é chamada de antígeno.*

E, em especial:

> *Não sabemos exatamente por que as doenças autoimunes surgem. A teoria mais aceita atualmente é de que o sistema imunológico, após ser exposto a um antígeno, escolhe como alvo para a produção de anticorpos uma proteína semelhante a outra já existente em nosso organismo. Por exemplo, sabemos que pacientes com a síndrome de Guillain-Barré frequentemente apresentam um quadro de diarreia infecciosa causada pela bactéria Campylobacter jejuni semanas antes da doença se manifestar. Imagina-se que o sistema imunológico possa criar anticorpos contra algumas das proteínas da bactérias que sejam parecidas com proteínas existente nos nossos neurônios. Esta semelhança pode confundir os anticorpos, fazendo com que os mesmos ataquem estruturas do sistema nervoso achando que estão atacando a bactéria Campylobacter jejuni."* [6]

E em outro escrito também se apreende, quanto à doença autoimune, que:

> *Ainda se desconhece o motivo por que o sistema imunitário se confunde. No entanto, há diversos factores que podem influenciar o desenvolvimento de uma doença autoimune. Por exemplo, a predisposição genética é obrigatória.*
>
> *Embora as doenças autoimunes não sejam doenças genéticas, uma predisposição genética é essencial para o desenvolvimento das mesmas. Isto significa que determinadas combinações de genes levam a um risco mais elevado de desenvolvimento de uma doença autoimune que outras.*
>
> *Além da predisposição genética são também necessários factores ambientais diferentes. São eles os estímulos para "ligar" finalmente o sistema imunitário. As infecções, vacinas, alterações hormonais, fumo ou deficiências nutricionais, entre outras, são consideradas factores ambientais que podem provocar uma reacção auto-imune.*
>
> *As doenças autoimunes não se apanham de outra pessoa.*[7]

E, ainda, em outro artigo, a doença apresentada pelo autor é classificada mesmo como doença autoimune. Veja-se:

> *As doenças auto-imunes são um tipo de desordem imunológica e sua característica reside no fato da diminuição da tolerância aos componentes do próprio organismo, devido a uma alteração no processo de diferenciação de antígenos externos (vírus e bactérias, por exemplo) e os do próprio organismo de um indivíduo. Esta doença atinge aproximadamente*

6 http://www.mdsaude.com/2008/10/doena-auto-imune.html, consultado em 06.04.2015.
Ainda: "Autoimunidade é a falha em uma divisão funcional do sistema imunológico chamada de autotolerância, que resulta em respostas imunes contra as células e tecidos do próprio organismo. Qualquer doença que resulte deste tipo de resposta é chamada de doença autoimune. Exemplos famosos incluem a diabetes mellitus tipo 1, lúpus eritematoso sistêmico, síndrome de Sjögren, tireoidite de Hashimoto, doença de Graves e artrite reumatóide. São doenças que surgem quando a resposta imunitária é efectuada contra alvos existentes no próprio indivíduo. Respostas autoimunes são frequentes, porém transitórias e reguladas. A autoimunidade como causadora de doenças não é frequente, uma vez que existem mecanismos que mantêm um estado de tolerância aos epítopos do próprio organismo. As doenças autoimunes têm etiopatonogênese complexa e multifactorial". (http://pt.wikipedia.org/wiki/Autoimunidade).

7 http://www.phadia.com/pt-BR/Diagnostico-de-auto-imunidade/Podera-ser-auto-imunidade/O-que-provoca-as-doencas-auto-imunes-/, consultado em 06.04.2015.

3-5% da população do mundo e tem origem na delicada relação entre fatores externos (ambientais) e fatores intrínsecos do organismo, como predisposição genética, alterações nos níveis hormonais e, baixo controle imuno-regulatório.

Pesquisas relatam que as doenças auto-imunes aumentaram nos últimos 40 anos, sendo que em nível mundial, médicos e também pesquisadores presumem que ela ataque de 15 a 20% da população. Talvez essa maior constatação seja devido ao fato do aprimoramento das técnicas de diagnóstico laboratoriais.

Sabe-se que existem um pouco mais do que 30 doenças auto-imunes, sendo que cada uma possui sintomas específicos e atacando órgãos distintos, sendo elas:

Diabetes mellitus tipo 1; Lúpus eritematoso sistêmico; Artrite Reumatóide; Doença de Crohn; Esclerose Múltipla; Tireoidite de Hashimoto; Miastenia gravis; Síndrome de Sjögren; Vitiligo; Psoríase;

Doenças Auto-Imunes do Sistema Nervoso; Doença de Addison; Anemia hemolítica; Auto-Imune Síndrome Antifosfolipídica; Dermatite Herpetiforme; Febre Familiar do mediterrâneo; Glomerulonefrite por IGA; Glomerulonefrite Membranosa; Síndrome de Goodpasture; Doença de Graves; Oftalmopatia de Graves; Doença Celíaca; Hepatite auto-imune; Síndrome miastênica de Lambert-Eaton; Oftalmia Simpática; Penfigóide Bolhoso Poliendocrinopatias; Púrpura auto-imune; Trombocitopenia Idiopática; Doença de Reiter ; Tireoidite auto-imune; Espondilite Anquilosante; Retocolite Ulcerativa; Síndrome de Churg-Strauss; Síndrome de Behçt; Sarcoidose." [8]

No Manual de vigilância epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação[9], editado pelo Ministério da Saúde, qualquer dúvida acaso ainda existente é rebatida, quando se lê dos seus fundamentos que:

Muitos eventos adversos ocorridos após aplicação de uma vacina não necessariamente têm relação de causa e efeito, são eventos que ocorreriam independente da vacinação.

Neste caso, existe apenas uma associação temporal, o que não é suficiente para atribuir à vacina.

Torna-se importante conferir qualidade à investigação clínica e epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação na tentativa de melhor esclarecer estas situações."

Em um quadro com tal complexidade, não vejo como responsabilizar o Município pelo fato de que a doença do autor teria sido desencadeada pela vacina.

Não houve doença desencadeada.

Houve desencadeamento dos efeitos adversos de uma doença preexistente, o que em muito é diferente. A vacina não causou a doença. Provocou o aparecimento de efeitos, que poderiam eclodir a qualquer instante da vida do autor, por qualquer outro fator.

Embora a responsabilidade do Município seja *objetiva*, não se deve promover a condenação do ente público quando, muito embora a vacina possa ter sido o fato que proporcionou o aparecimento dos sintomas da doença, a doença em si já era preexistente, e por ela o município não é responsável.

8 http://www.infoescola.com/saude/doencas-auto-imunes/, consultado em 06.04.2015.

9 Manual de vigilância epidemiológica de eventos adversos pós-vacinação 2007 / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vigilância Epidemiológica. – Brasília : Ministério da Saúde, 2007.
(http://www.fmt.am.gov.br/layout2011/dam/crie/manual_eapv.pdf), *consultado em 06.04.2015.*

Se a vacina ensejou o aparecimento dos sintomas, mas não da doença em si, sendo esta preexistente, e se ela existia latente no corpo do autor, prestes a eclodir a qualquer instante, por qualquer fator, não me parece justo, nem jurídico, condenar o município porque o autor passou a apresentar os sintomas da doença depois da vacina em si.

Haveria responsabilidade do município se a vacina tivesse a aptidão de causar a doença por problemas de fabricação, de lote, de vencimento, enfim de qualquer outro fator. Mas se a doença, preexistente, desencadeou os efeitos dela com a vacina, como poderia ocorrer, reafirmo, por qualquer outra causa, não existe nexo de causalidade suficiente para levar o município ao dever de indenizar.

O que estou afirmando, em linhas gerais, é que embora possa existir uma aparência quanto ao nexo causal, na realidade esse nexo causal não existe.

Esse nexo causal só existiria se a vacina tivesse a aptidão de ter instalado no autor a doença. Mas ela é genética. Já estava nele. Ele, autor, convivia com a doença, embora sem ter sofrido o aparecimento, até então, dos efeitos dela. A vacina deu causa ao surgimento dos efeitos, quebrando-se assim o liame essencial para que surgisse o dever de indenizar.

Há, no caso, motivo de força maior, que impele à reforma da r. sentença, máxima vênia.

Silvio Rodrigues[10], que dispensa apresentações, ao tratar do dever de indenizar sob a perspectiva da demonstração da relação de causalidade, nos ensina:

> *"Relação de causalidade. Para que surja a obrigação de reparar o dano, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima.*
>
> *Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente".*

No caso não ficou evidenciada essa *relação de causalidade*, essencial para o acolhimento da pretensão deduzida na inicial.

A vacina ocasionou o aparecimento dos sintomas de uma doença. Não foi ela a causa da doença, por qualquer fator externo que implicasse na ineficiência da vacina ou na sua aptidão para fazer surgir, a partir dela, a própria doença em si.

A PTI – púrpura trombocitopênica idiopática – já estava instalada no gene do autor desde o seu nascimento, por ser doença auto imune.

Como impor, em caso assim, o dever do Município de indenizar por danos morais ou materiais, como é a pretensão do autor?

Na jurisprudência, embora seja objetiva a responsabilidade do ente estatal, consagrou-se o entendimento de ser essencial a demonstração do nexo de causalidade entre o ato administrativo praticado e o dano experimentado pela vítima, sem examinar a culpa ou dolo. Mas se, como no caso, o nexo causal não está evidenciado, decorrendo o evento de um motivo de força maior (a doença preexistente do autor que teve desencadeado os efeitos dela pela vacina aplicada, sem qualquer possibilidade de previsão pelo ente estatal), não é possível julgar procedente o pedido indenizatório, tal como aqui ocorreu.

10 SILVIO RODRIGUES, **Direito Civil**, Volume 4, Responsabilidade Civil, 2007, p.17/18.

Vejam-se os precedentes:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO CONTRA MOTORISTA*
>
> *PARADO EM SINAL DE TRÂNSITO. OMISSÃO DO ESTADO EM PROVER SEGURANÇA PÚBLICA NO LOCAL NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITO INDISPENSÁVEL. AUSÊNCIA.*
>
> *1.* ***A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito)****.*
>
> *2.* ***Nesse domínio jurídico, o sistema brasileiro, resultante do disposto no artigo 1.060 do Código Civil/16 e no art. 403 do CC/2002, consagra a teoria segundo a qual só existe o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa****.*
>
> *3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado, que não destacou agentes para prestar segurança em sinais de trânsito sujeitos a assaltos, tenha sido a causa necessária, direta e imediata do ato ilícito praticado pelo assaltante de veículo. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF e do STJ.*
>
> *4. Recurso especial a que se dá provimento.* (STJ, REsp 843.060/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 24/02/2011) (g.n.)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - NEXO CAUSAL NÃO COMPROVADO - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.*
>
> *1.-* ***A comprovação do nexo causal entre a suposta conduta ilícita e o dano constitui pressuposto inarredável ao estabelecimento da responsabilidade civil. Nem mesmo nas hipóteses de obrigação de resultado e de responsabilidade objetiva se pode cogitar do dever de indenizar sem sem prova suficiente da relação de causalidade.***
>
> *2.- No caso dos autos, as instâncias de origem, soberanas na apreciação da prova, afirmado que não estaria demonstrado o nexo causal, não sendo possível, por conseguinte, afirmar o contrário em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa à Súmula 07/STJ.*
>
> *3.- Agravo Regimental a que se nega provimento.* (STJ, AgRg no REsp 1362240/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 01/09/2014) (g.n.)

No caso dos autos, o dano (surgimento da doença após a vacinação) não foi efeito necessário de uma causa (a vacina), porque a doença estava dormindo no corpo do autor, que a tinha desde tempos imemoriais. Quiçá com o seu nascimento. O que houve foi a manifestação dos efeitos da doença, que poderia surgir por qualquer fator, independentemente da vacinação, como já se viu e já se argumentou.

Diferente seria, por exemplo, como consta da jurisprudência do STJ, se o paciente se vacinasse contra a poliomielite e viesse a adquirir a própria pólio, consequência necessária da vacina, que apresentou defeito em sua fabricação, manuseio ou acondicionamento. Nesse caso a doença seria consequência direta da vacina e contraída em razão dela, estando presente, em situações assim, o nexo de causalidade que leva ao dever de indenizar o paciente.

Não aqui, contudo, pelos fundamentos largamente expostos, até mesmo pelo fato de que a vacinação é um programa de Estado, não só no Brasil, mas no mundo, para evitar a proliferação de inúmeras doenças que ao longo dos séculos dizimaram muitas vidas, e esse fato é histórico e sabido. Por isso que só se pode impor o dever de indenizar ao Estado, quando incrementa a política de saúde que leva o cidadão a se vacinar, porque em última ratio o Estado está adotando medidas de proteção da própria saúde da população.

Se os riscos existem, como existem, devem ser apurados individualmente, caso a caso e isoladamente, para não se tonar um clichê o argumento de que se o indivíduo apresentar problemas decorrentes da vacina recebida o Estado terá que, necessariamente. indenizar, porque sua responsabilidade seria objetiva.

A responsabilidade é objetiva, com efeito, mas apura-se em cada caso o nexo causal entre a vacinação e os efeitos advindos dela no organismo do paciente, para só se impor o dever de indenizar quando a vacina foi a causa direta e consequência da doença que o paciente passou então a apresentar.

Não é o caso concreto, porque o paciente já era portador de uma doença auto imune e a vacina apenas desencadeou os efeitos dela, como qualquer outro agente externo teria capacidade de fazê-lo.

Logo, não houve conduta estatal que pudesse levar o Município a ter que indenizar o autor. Os pedidos só poderiam ter sido julgados improcedentes.

Note-se, finalmente, que os efeitos ou os sintomas da doença auto imune apresentadas pelo autor são e foram controlados, o que – ainda que pudesse ser procedente a pretensão deduzida na inicial, *ad argumentandum tantum* – levaria a uma completa reformulação e estruturação de uma sentença condenatória, que jamais poderia comportar as verbas contempladas na douta decisão de primeiro grau, em especial o pensionamento.

Daí a necessidade de ser reformada a r. sentença, em que pese o brilho e a cultura de seu eminente prolator.

II.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a resolução do mérito com fundamento no artigo 269, I, segunda figura, do CPC.

Inverto os ônus da sucumbência, carreando ao autor o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que, na forma do artigo 20, § 4, do CPC, fixo em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), corrigíveis monetariamente pelo IGPM-FGV a partir da data da publicação deste acórdão.

Por ser o autor beneficiário da Justiça Gratuita, e na forma do artigo 12 da Lei l.060/50, isento-o do pagamento, na forma e no prazo previsto no mesmo dispositivo legal

Em sede de reexame necessário, reformo integralmente a r. sentença para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, reformaram a sentença, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 07 de abril de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0811174-72.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO PELO RITO ORDINÁRIO – ADESÃO OBRIGATÓRIA E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA FUNDO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – SERVIMED – SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO PELO SISTEMA CONSTITUCIONAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPRÓVIDO

A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição Federal.

Os municípios podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão "regime previdenciário" não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos.

Assim, tanto a adesão obrigatória quanto a contribuição compulsória para o Fundo de Assistência de Saúde (SERVIMED) afrontam os artigos 149, § 1°, e 5º, XX, da Constituição Federal, razão pela qual deve ser afastada sua cobrança da folha de pagamento das autoras, servidoras públicas municipais. Precedentes STF.

Recurso conhecido e improvido

Sentença mantida em sede de reexame necessário.

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, negam provimento ao recurso, em sede de reexame necessário, mantiver a sentença, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG apela da sentença (F. 55-58), proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Clarice da Cunha Pereira, Célia Regina Coutinho de Lima e Sâmia Roges Jordy Barbieri, que julgou procedente o pedido formulado na exordial para determinar que o Instituto Municipal de Previdência Social de Campo Grande – IMPCG abstenha-se de efetuar desconto

de contribuição ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande - SERVIMED na folha de pagamento das autoras, extinguindo-se o feito, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Condenou o requerido, ainda, nas custas e honorários advocatícios, estes em R$ 1.500,00.

Alega, em resumo, que as apeladas se inscreveram voluntariamente na instituição, conforme atestam as fichas cadastrais das mesmas, tendo inclusive agregado dependentes e, além disso, são servidoras efetivas municipais, de modo que contribuem para o Regime Próprio de Previdência, o qual é gerido por si.

Salienta que a contribuição encontra amparo no artigo 188 do Estatuto do Servidor Municipal, o qual obedece ao artigo 194 da Constituição Federal. Destaca que pela redação do artigo 195 da Lei Maior, a saúde encontra-se inserida na seguridade social, motivo por que é possível aos municípios instituírem contribuição específica para o fim de oferecer serviços de saúde aos seus servidores.

Defende, assim, a legalidade do Fundo de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais – FUNSERV, instituído para garantir à coletividade dos servidores municipais atendimento à saúde, o qual é prestado de maneira igualitária por contribuições solidárias para manter o Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED.

Esclarece, ainda, que o FUNSERV não tem natureza associativa, tendo sido criado com espeque no artigo 71 e seguintes da Lei Federal n. 4.320/1964, razão pela qual, aliado ao Princípio da Solidariedade que rege a Seguridade Social, compelem as apeladas a continuarem contribuindo.

Por fim, requer o provimento recursal para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 80-84, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

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

I.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passo ao exame do apelo.

II.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande - IMPCG em face da sentença de f. 55-58, proferida pelo Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, Dr. Alexandre Tsuyoshi Ito, que julgou procedente o pedido formulado por Clarice da Cunha Pereira, Célia Regina Coutinho de Lima e Sâmia Roges Jordy Barbieri na Ação para determinar que a autarquia se abstenha de efetuar desconto de contribuição ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande - SERVIMED na folha de pagamento das autoras.

Irreprimível a conclusão adotada. Explico.

No caso em exame, infere-se claramente que a Lei Municipal n. 4.430/2006 impõe, em seus artigos 4° e 21, a obrigatoriedade de todos os servidores municipais aderirem ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED, a propósito:

*"Art. 4º. São segurados **obrigatórios** do SERVIMED:*

I - todos os servidores em exercício na Administração Pública Municipal Direta e Indireta e na Câmara Municipal, independente do regime jurídico a que estão sujeitos;

II - os Titulares de Órgãos e Entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta."

(...)

"Art. 21. O SERVIMED será custeado através das seguintes contribuições:

I - do segurado obrigatório: 3% (três por cento) da base contributiva;

II - do empregador: 3% (três por cento) do total de todas as bases contributivas dos segurados obrigatórios do SERVIMED;

III - do segurado facultativo, exceto aposentado e pensionista: 6% (seis por cento) de sua base contributiva, se estivesse percebendo sua remuneração;

IV - do aposentado e pensionista: 5% (cinco por cento) de seus proventos;

V - do dependente com ônus adicional: 6% (seis por cento) da base contributiva do segurado de quem ele dependa". (g.n.)

Acontece que ao Município só é permitido instituir contribuição social para fins de custeio de previdência, sendo-lhe defeso tal ato para o custeio de sistema de saúde, a teor da redação explícita do artigo 149, § 1°, da Constituição Federal:

"Art. 149 (...)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União".

A propósito do tema, inclusive, cumpre transcrever os precisos apontamentos lançados no voto do RE 573540 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

"(...) falece competência aos Estados e Municípios para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.

Com bases nessas premissas é que se deve ser interpretado o art. 195, § 4º, da Constituição, que estabelece que 'lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção e a expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Cuida-se de previsão constitucional de competência residual para a instituição de contribuições destinadas ao custeio da previdência social além daquelas previstas no caput e incisos do próprio art. 195.

Tal dispositivo, no entanto, deve ser interpretado à luz do art. 149, caput, da Constituição que, consoante salientado anteriormente, é regra geral no tocante à definição das competências para a instituição de contribuições, sejam elas sociais, interventivas ou corporativas.

> *Desse modo, somente a União poderá exercer a competência residual, sendo vedada a instituição de contribuições sociais pelos demais entes federativos.*
>
> *Ademais, cumpre refutar a alegação de que a atribuição de competência concorrente à União e aos Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da Constituição) seria suficiente para a instituição, pelo Estado de Minas Gerais, de contribuição voltada ao custeio do sistema de saúde criado em favor de seus servidores. Sabe-se que a competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Conforme afirmado anteriormente, a Constituição de 1988 adotou um sistema rígido e exaustivo de distribuição de competências tributárias. Os entes federativos somente podem instituir as exações que lhes foram expressamente outorgadas pela Constituição, ressalvada, é claro, a competência residual atribuída à União pelos arts. 154, I, no tocante aos impostos, e 195, § 4º, em relação às contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social.*
>
> *Também não se revela possível a instituição de tributos mediante a mera invocação de princípios, como a da solidariedade. Nesse sentido, afirma Humberto Ávila que 'os princípios constitucionais, quer os específicos constantes do capítulo referente à solidariedade ou ao sistema tributário, quer os gerais, relativos aos princípios fundamentais e garantias individuais, não podem justificar a ampliação das regras de competência. Se o conceito constitucional pressuposto de faturamento é o de receita bruta proveniente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, por exemplo, não se pode ampliá-lo com base no princípio da universalidade do financiamento da seguridade social ou no princípio da igualdade' (ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 211).*
>
> *Por conseguinte, os Estados-Membros somente poderão instituir contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores."* (g.n.)

Ademais, é pertinente destacar que esta imposição afronta o artigo 5º, XX, da Constituição Federal, pelo qual *"ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado"*, de modo que há incompatibilidade hierárquica entre a previsão legal municipal e a Lei Maior, pois, *in casu*, não há uma faculdade de adesão ao plano SERVIMED, mas sim uma imposição, ao contrário do afirmado pelo apelante.

Robustece o raciocínio acima o posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> *"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Contribuição destinada ao custeio dos serviços de saúde prestados pelo Estado aos seus servidores. Servidor ocupante de dois cargos. Incidência sobre apenas um dos vencimentos. Matéria infraconstitucional.*
>
> *1.* ***A orientação da Corte, ao apreciar o RE nº 573.540/MG-RG, é no sentido de que não há inconstitucionalidade no oferecimento de serviços de saúde pelo Estado aos seus servidores, desde que a adesão ao "plano" e a respectiva "contribuição" sejam de caráter facultativo.*** *2. A discussão sobre a extensão do desconto da contribuição destinada à saúde e se essa pode ou não recair apenas sobre os vencimentos de um dos cargos ocupados pelo servidor estadual, conforme seja sua opção, está restrita ao âmbito infraconstitucional. Afronta ao texto constitucional que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta. 3. Agravo regimental não provido."*(STF, ARE 733543 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 18/02/2014, Processo Eletrônico dje-053 Divulg 17-03-2014 Public 18-03-2014) (g.n.)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO COMPULSÓRIO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE AOS*

SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INCOMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS PARA INSTITUIR TAL CONTRIBUIÇÃO, QUE DEVE SER FACULTADA AOS QUE A ELA QUISEREM ADERIR.

1. ***As contribuições previdenciárias para custeio de serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica não podem ser instituídos de forma compulsória pelo Estado-Membro por lhe faltar competência constitucional para tanto.*** *(Precedente: RE 573.540, Dje de 11/06/10, Relator Ministro Gilmar Mendes, cuja repercussão geral foi reconhecida, e da ADI 3.106, da relatoria do Ministro Eros Grau.) 2 . In casu, correta a decisão proferida pelo TJ/MG que está em consonância com a matriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, devendo, portanto, ser mantida em sua integralidade. 3 . Agravo regimental desprovido."*(STF, AI 720474 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-087 Divulg 10-05-2011 Public 11-05-2011 Ement VOL-02519-02 PP-00202 RDDT n. 192, 2011, p. 188-192) (g.n.)

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACÊUTICA. ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. COMPULSORIEDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

I - É nítida a natureza tributária da contribuição instituída pelo art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, haja vista a compulsoriedade de sua cobrança.

II - O art. 149, caput, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.

III - ***A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição****.*

IV - ***Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão "regime previdenciário" não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos.*** (STF, RE 573540, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe-105 Divulg 10-06-2010 Public 11-06-2010 Ement Vol-02405-04 PP-00866 RTJ VOL-00217- PP-00568 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 175-184) (g.n.)

Em caso idêntico ao dos autos, este E. Tribunal de Justiça também já se posicionou reiteradas vezes:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – INADMISSIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA FUNDO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PRECEDENTES DO STF E ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL – RECURSO NÃO PROVIDO. ***Em virtude da facultatividade do servidor municipal em aderir ao plano de saúde SERVIMED, devem***

ser suspensos os descontos em folha de pagamento do valor referente a esse plano de saúde. (TJ/MS, Apelação / Reexame Necessário nº 0028829-61.2012.8.12.0001, Relator(a): Des. Atapoã da Costa Feliz; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/10/2014; Data de registro: 09/10/2014) (g.n.)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – ARTIGO 543-B DO CPC – RE 573.540/MG – REPERCUSSÃO GERAL – CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS AO PLANO DE SAÚDE – INCONSTITUCIONALIDADE – ADESÃO FACULTATIVA – ASSISTÊNCIA PREVIDENCIÁRIA NÃO ENGLOBA SERVIÇOS DE SAÚDE – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O direito líquido e certo dos impetrantes a ser tutelado diz respeito, tão-somente, à inconstitucionalidade da compulsoriedade da contribuição instituída aos servidores públicos para financiamento de plano de saúde, não havendo contudo, direito líquido e certo de usufruir de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos, sem a devida contraprestação.

A assistência previdenciária não engloba os serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos prestados pela autarquia previdenciária estadual. (TJ/MS, Mandado de Segurança - N. 2011.026063-1/0000-00, Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 05/10/2011; Data de registro: 07/10/2011)

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA À SERVIMED – RECURSO DO IMPCG – OFENSA À DIALETICIDADE – NÃO CONHECIDO – RECURSO DE APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – PRELIMINARES – DECADÊNCIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – FALTA DE INTERESSE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADAS – MÉRITO – DESCONTO COMPULSÓRIO DE CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE PLANO DE SAÚDE DE SERVIDORES MUNICIPAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – ORDEM CONCEDIDA – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(...)

*6. **A legislação municipal que embasa a cobrança da contribuição de valores a título de custeio da Servimed padece de inconstitucionalidade pela incompetência para o Município legislar sobre o assunto, senão por isso, pela existência de bis in idem e/ou vedação da compulsoriedade estabelecida.***

7. O impetrados são isentos de custas. Não há honorários, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009. (TJ/MS, Apelação / Reexame Necessário nº 0006372-06.2010.8.12.0001, Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/02/2013; Data de registro: 14/02/2013) (g.n.)

Como se vê, o Município pode cobrar custeio à saúde se o servidor assim optar por usufruir a assistência à saúde, ele não pode é impor uma vinculação compulsória aos seus servidores.

Portanto, deve ser mantida a sentença de instância singela.

III.

Ante o exposto, conheço do presente recurso do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPGC, e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

Em sede de reexame necessário, mantenho integralmente a r. sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, em sede de reexame necessário, mantiveram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0828960-66.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – CONSUMIDOR – *PET SHOP* – MORTE DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO APÓS PROCEDIMENTO DE BANHO E TOSA – SUPERLOTAÇÃO DE ANIMAIS – LONGA ESPERA EM GAIOLA SEM MONITORAMENTO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO MORAL *IN RE IPSA*.

Os *pet shops* e clínicas veterinárias, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independentemente de culpa pelo serviço prestado de forma defeituosa ao consumidor, nos termos do art. 14 do CDC.

Comprovado que o pet permaneceu na gaiola por aproximadamente 07 horas à espera do procedimento de banho e tosa, sem qualquer monitoramento, há evidente violação ao dever de guarda, zelo e proteção, inerentes à própria atividade da ré.

DANOS MORAIS – *QUANTUM* MINORADO – ADSTRIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – ATENTANDO PARA A CAPACIDADE ECONÔMICA DAS PARTES.

A indenização deve ser fixada considerando-se os elementos da lide, como os transtornos gerados, a qualidade das pessoas em litígio e a capacidade econômica dos envolvidos, atendendo aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, sem que gere um enriquecimento sem causa à vítima.

Quantum indenizatório minorado.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS.

Devem ser mantidos os honorários fixados em percentual sobre o benefício econômico auferido com a causa, atendendo aos requisitos do art. 20, § 3°, do CPC, e levando em consideração as diretrizes contidas nas alíneas “a”, “b” e “c” do mesmo dispositivo legal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE 30% QUE CORRESPONDE AO VALOR CONTRATADO ENTRE A AUTORA E SEU ADVOGADO A TÍTULO DE DANO MATERIAL – INADMISSIBILIDADE – RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não é cabível o pagamento de honorários advocatícios contratuais a título de perdas e danos, razão pela qual não deve ser essa verba incluída na condenação.

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, 16 de junho de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 201-230 por B.F. Comércio de Produtos Veterinários Ltda. (Centro de Estética e Saúde Animal Late & MIA), insurgindo-se contra a sentença de fls. 184-198, proferida pelo douto juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, Dr. José Rubens Senefonte, que julgou procedentes os pedidos formulados por Mayara Aparecida da Rosa Coutinho na ação compensatória por danos materiais e morais movida em face da apelante.

A autora ingressou com essa ação alegando, em síntese, que possuía uma cadelinha chamada "Mila", da raça yorkshire terrier, com sete anos de idade, que veio a óbito em 09/10/2012 após simples procedimento de banho e tosa realizado pela empresa ré.

Contou que o procedimento normalmente levava 03 horas e que, no dia em tela, entre 10 e 11 horas da manhã, o animal foi recolhido pelo motorista da demandada, mas não retornou no horário de costume. Ao notar a demora demasiada, a autora telefonou ao estabelecimento, por volta das 17 h, quando foi informada que o *pet shop* estava sem motorista e, por isso, a entrega do animal demoraria um pouco além do costume. Telefonou novamente mais tarde, tendo-lhe sido informado que o motorista estava fazendo entrega em endereço distante.

Seguiu contando que aproximadamente uma hora após o último telefonema, recebeu uma ligação de uma veterinária chamada Beatriz, que lhe perguntara se o animal já havia tido convulsões, ao que lhe respondeu negativamente. A veterinária, então, informou-lhe que o animal sofreu convulsões durante o período em que esteve no *pet shop*, tendo sido medicado com um "dopante".

Afirmou que a cadelinha foi entregue por volta das 19h30 sem realizar movimentos e com a língua para fora, com encaminhamento para tratamento em outra clínica, uma vez que não apresentava melhora; que em seguida levou o animal à Clínica Bourgelat, onde foi recebido pela Dra. Cláudia que, no dia seguinte, informou o falecimento do animal.

Seguiu contando que, uma semana após o falecimento, a clínica ré foi até a sua casa oferecer outro cachorro; que à sua prima, que utilizava dos serviços da ré, foi dito que o animal tinha tido insolação; que a veterinária que recebeu o animal na outra clínica, após a realização de uma série de exames, concluiu que o animal teria falecido por intenso e prolongado estresse.

Ingressou com a ação requerendo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais no valor de R$ 453,00.

Ao receber a inicial, o douto juiz *a quo* inverteu o ônus da prova.

Em contestação, a ré alegou que não foi negligente ou imprudente; que o animal tinha idade avançada e era obeso, pesando 08 kg; que a autora e sua tia são clientes antigas do estabelecimento, desde 09/12/2010, nunca tendo tido problemas com os serviços da empresa; que o dia dos fatos, 09/10/2012, era véspera de feriado e o estabelecimento estava repleto de cães; que por isso os serviços estavam mais demorados e daí a demora na entrega da cadelinha; que pela idade avançada e obesidade, o animal apresentava dificuldades respiratórias, sinais de cansaço e velhice e problemas hepáticos; que todas essas circunstâncias podem ter levado às crises convulsivas.

Afirmou que todos os procedimentos necessários e urgentes ao tratamento e cessação da crise foram realizados, com plena autorização da autora. Negou que tenha oferecido animal suplementar à autora porque nunca assumiu a culpa pelo óbito. Argumentou que pode ter ocorrido insuficiência cardíaca congestiva, que acomete cães de pequeno porte com idade avançada.

Foi realizada audiência de tentativa de conciliação, que restou infrutífera (fl. 89) e audiência de instrução e julgamento (fls. 148-149), em que foram colhidos depoimentos pessoais e testemunhais.

Após as alegações finais, foi proferida a sentença de fls. 184-198, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados pela autora, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00; danos materiais no valor de R$ 453,00; indenização por danos materiais pelos honorários advocatícios contratuais no valor de 30% sobre o valor da condenação.

Irresignada, a ré apela do *decisum* alegando, em síntese, que não tem como fazer prova impossível, uma vez que nunca consultou a cadela, não tendo, portanto, qualquer histórico de saúde do animal; que se nem a própria dona trouxe aos autos o histórico do animal, não poderia ela fazê-lo; que a inversão indiscriminada do ônus da prova pelo simples fato de se tratar de relação consumerista é temerária.

Afirma que não pode ser responsável por todos os animais que venham a passar mal em sua clínica; que não há como exigir que a recorrente realize exame clínico e ambulatorial em todos os animais que chegam para o procedimento de banho e tosa exclusivamente para atestar seu estado de saúde.

Ressalta que o cão era sim obeso; que a testemunha Gilberto Gonçalves Faracco, que produziu o laudo necroscópico, afirmou ter observado achados adiposos na região abdominal e que a cachorra encontrava-se acima do peso; que o animal tomava banhos semanais na clínica, onde era cliente há anos e nunca teve qualquer problema nos serviços prestados; que não houve demora excessiva e que, mesmo se tivesse ocorrido, tal fato não importaria no desencadeamento do problema de saúde ocorrido no animal.

Afirma que o douto juiz *a quo* pautou suas suposições no depoimento da testemunha Rosely Aparecida Mathias, que "*não deveria ser considerado com tal força probante, uma vez que não é tão preciso*", já que ela afirma que, durante os oito anos de vida do animal, o atendeu somente duas vezes, sendo que a última consulta teria sido realizado há mais de seis meses do óbito.

Alega que o animal não fora diagnosticado com as citadas doenças em razão única e exclusiva de escassez de procedimentos preventivos, com exames clínicos e laboratoriais, tanto por parte da autora quanto da veterinária Rosely, que teria encaminhado a cadelinha para cirurgia sem qualquer solicitação de exames.

Ressalta que o veterinário que realizou o exame necroscópico afirmou que não pode precisar com exatidão a causa da morte, tendo requerido exame histopatológico complementar, que não fora realizado; que atestou que inexistia qualquer sinal de hematoma, contusão ou quebradura no cão.

Afirma que o douto juiz *a quo* sugeriu, por via de presunção, que houve algum fator específico no período de guarda do animal que o levou a óbito, especialmente provocada por insolação; que não

houve qualquer realização de exame que pudesse comprovar essa alegação; que não houve qualquer conduta ilícita da recorrente; que o animal possuía doença preexistente, que foi a causa dos sintomas apresentados na clínica.

Ressalta que a autora não realizou o exame histopatológico solicitado e que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Em caso de eventual manutenção da condenação, alega que o valor de R$ 15.000,00 a título de danos morais é exacerbado e representa enriquecimento indevido à vítima, sugerindo o valor de R$ 2.000,00.

Insurge-se, ainda, quanto ao valor arbitrado a título de honorários advocatícios em caso de manutenção do valor de R$ 15.000,00 e quanto à condenação ao pagamento de 30% dos honorários contratuais firmados entre a autora e seu causídico.

Contrarrazões às fls. 244-259.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 201-230 por B. F. Comércio de Produtos Veterinários Ltda (Centro de Estética e Saúde Animal Late & Mia), insurgindo-se contra a sentença de fls. 184-198, proferida pelo douto juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, Dr. José Rubens Senefonte, que julgou procedentes os pedidos formulados por Mayara Aparecida da Rosa Coutinho na ação compensatória por danos materiais e morais, condenando a apelante ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

1. Quanto à inversão do ônus da prova.

A ré, nessas razões de apelação, insurge-se principalmente quanto à inversão do ônus da prova, alegando que não tem como fazer prova impossível, uma vez que nunca consultou a cadela, não tendo, portanto, qualquer histórico de saúde do animal; que se nem a própria dona trouxe aos autos o histórico do animal, não poderia ela fazê-lo; que a inversão indiscriminada do ônus da prova pelo simples fato de se tratar de relação consumerista é temerária.

Não lhe assiste razão.

Primeiro porque sobre a inversão do ônus da prova já incidiu a preclusão.

Dispõe o artigo 471 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> *"Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:*
>
> *I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;*
>
> *II - nos demais casos prescritos em lei."*

Quando do recebimento da inicial, o douto juiz *a quo* pronunciou-se da seguinte maneira (fls. 32-34 dos autos):

> *Inicialmente, consigno que apesar de os incisos I e I, do artigo 33, do Código de Processo Civil, estabelecerem que a prova incumbe a quem alega, o Código de Defesa do Consumidor trouxe regra especial ao sistema jurídico vigente, admitindo a inversão do ônus da prova quando presentes os requisitos constantes do inciso VII, do artigo 6º, da Lei 8.078/90.*
>
> *Tal inversão será possível, em favor da parte mais vulnerável, (artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor), quando presentes a verosimilhança de suas alegações ou sua hipossuficiência.*
>
> *A vulnerabildade, segundo lição de Paulo Valério Moraes, poderá ser técnica, jurídica, psicofisiológica, ecológica, política, legislativa, econômica ou social, sendo certo que a existência de uma não acarretará a exclusão das demais, quando dificultem ou impeçam a produção de provas necessárias à demonstração dos fatos constitutivos de seus direitos.*
>
> *No caso dos autos, caracterizada a relação de consumo; a hiposuficiência do(a) requerente ante a evidente dificuldade em exibir documentos que se encontrem em poder do requerido, impõe-se a inversão do ônus da prova, o que fica deferido (*inciso VII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor).

Não houve recurso contra tal decisão, uma vez que a ré, citada e intimada, limitou-se a apresentar contestação, fazendo então com que sobre a matéria em tela incidisse o instituto da preclusão.

Por oportuno, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 734:

> *"**A norma proíbe a redecisão de questão já decidida no mesmo processo, sob o fundamento da preclusão (coisa julgada formal). As questões dispositivas decididas no processo não podem ser reapreciadas pelo juiz.** As de ordem pública, por não serem alcançadas pela preclusão, podem ser decididas a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição (não em RE ou REsp). Pela mesma razão, pode o juiz redecidir as questões de ordem pública já decididas no processo. **O caput do dispositivo comentado impede que o juiz, no mesmo processo, decida novamente as questões já decididas**"* (g.n.).

A segurança jurídica, bem assim como a efetividade e celeridade do processo, encaminham o processo para que a prestação jurisdicional estabilize as relações jurídicas que gravitam em torno do processo, trazendo a segurança jurídica buscada através da invocação da prestação jurisdicional.

A preclusão, como mecanismo de impulsionamento do processo a tal desiderato, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[1], "*permite ao processo desenvolver-se adequadamente, dirigindo-se ao seu objetivo final, à sua conclusão*".

E acrescentam os renomados processualistas:

> *"O processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional.*
>
> *Para que o processo possa seguir sempre adiante, é preciso que se criem mecanismos destinados a impedir a repetição da prática de atos processuais ou o retorno a fases e atos já praticados, evitando-se, com isso, contradições (entre atos já praticados e outros a serem praticados) e círculos viciosos na tramitação processual.*

1 In Manual do Processo de Conhecimento. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 623.

(...)f

> *Por todos esses motivos, é necessário pensar em mecanismos que auxiliem o processo a sempre avançar, permitindo uma ordenação simplificada, coordenada e racional da atividade jurisdicional, possibilitando àquele atingir o mais rapidamente possível seus objetivos. Daí a importância do instituto da preclusão.*[2]

Nessa esteira o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "*o processo é um caminhar para frente, daí existindo o sistema da preclusão (lógica, consumativa e temporal), às vezes até mesmo dirigida ao magistrado (pro judicato), a fim de que a marcha processual não reste tumultuada" (*REsp 802.416/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/03/2007, DJ 12/03/2007, p. 211).

A preclusão, então, impede a rediscussão da matéria, no caso, impede a rediscussão da inversão do ônus da prova. Se com tal inversão discordava a ré, deveria ter agravado daquela primeira decisão, proferida em 15 de agosto de 2013, não lhe sendo lícito pretender retomar a discussão tão somente agora, em sede de apelação.

2. Quanto à responsabilidade da empresa apelante.

São fatos incontroversos nos autos que o animal foi pego em casa por preposto da ré entre 10h00 e 11h00 da manhã do dia 09/10/2012 para procedimento de banho e tosa e que somente foi devolvido por volta das 19h30 do mesmo dia, após telefonemas da autora a procura do animal e após um telefonema de preposta da ré informando que a cadelinha apresentava quadro convulsivo.

Também é incontroverso o fato de que o animal foi levado a outra clínica por encaminhamento da ré, vindo a falecer no dia seguinte.

A controvérsia gira em torno da *causa mortis*.

A autora afirma que a cadela estava em perfeito estado de saúde, ao passo que a ré afirma que o animal estava idoso e obeso e que não pode se responsabilizar por todos os animais que chegam ao seu estabelecimento para procedimento de banho e tosa.

Já adianto que não assiste razão à apelante.

As clínicas veterinárias, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independentemente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ao consumidor. Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva, que somente é afastada quando comprovada a inexistência de defeito na prestação do serviço ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que não é o caso.

É o que dispõe o art. 14 do CDC:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*

2 *Op. cit*.

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No caso dos autos, é evidente que houve falha na prestação do serviço, como comprova as provas carreadas aos autos.

Na verdade, a própria médica veterinária, sócia proprietária da requerida, Dra. Beatriz C. Da Silva Figueiredo, afirmou em depoimento que o *pet shop* estava muito cheio no dia dos fatos por se tratar de véspera de feriado. Afirmou:

"(...) que o animal ia uma vez por semana tomar banho no Pet; que não tem conhecimento do animal ter tido nenhum outro problema de saúde antes que a declarante tenha atendido; que nunca havia notado nenhuma anomalia na saúde do animal; que os animais aguardam banho dentro de gaiolas; que o Pet coloca pote com água nas gaiolas, mas comida normalmente não; que o animal chegou no Pet para o banho por volta das 11:00 horas; que a praxe era fazer a entrega do animal após o banho; que o animal chegou na hora do almoço; que naquele dia o Pet estava muito cheio e o banho foi dado mais tarde, mas não se recorda a hora; que o animal chegou a tomar banho; que quem deu banho comentou que o animal estava cansado e ofegante; que os fatos ocorreram próximo ao feriado de outubro; que acredita que não houve o problema de desidratação no animal porque não houve diarréia nem vômito; que atendeu o animal antes dele ter convulsão; que quando foi avisada que o animal estava ofegando verificou que ele estava com temperatura alta, apresentando febre; que chegou a ministrar remédio para convulsão; que chegou a ministrar midazolan; que também ministrou dipirona e aplicou o anti-convulsionante porque o animal convulsionou; que isso foi por volta das 17:30 ou 18:00 horas, bem no final da tarde; que não era acostumada a dar atendimento clínico para o animal; que nunca consultou o animal; que antes de comprar a clínica o animal já era cliente do pet; que na verdade o pet é um consultório, não uma clínica; que entrou em contato, pediu autorização para medicar e indicou uma clínica para internação; que chegou a fazer a escuta cardíaca do animal; que o batimento cardíaco estava acelerado antes de ministrar o anti-convulsionante; que acredita que o animal não ficou trancado no carro esperando encaminhamento; que no dia dos fatos devia ter uma média de 40 (quarenta) animais no pet para tomar banho; que a raça Yorkshire não é muito sensível ao estresse"

Não há dúvida, portanto, de que no dia dos fatos o *pet shop* encontrava-se abarrotado de animais, levando a uma espera bem superior àquela normalmente ocorrida em dias comuns, tanto que a autora telefonou por duas vezes à clínica questionando a demora na entrega do animal.

A própria sócia-proprietária do consultório afirma que o animal chegou para banho e tosa às 11h00 da manhã, tendo sido por ela atendido por volta das 17h30, 18h00, quando foi avisada pelo funcionário que daria o banho na cadelinha de que ela encontrava-se ofegante.

Observa-se, assim, que ela permaneceu na gaiola por aproximadamente 07 horas sem qualquer monitoramento, considerando o tempo em que permaneceu no interior do veículo da ré, no trajeto de casa até o *pet shop*, tanto que os sintomas apresentados pelo animal somente foram constatados quando do banho propriamente dito.

Ademais, ao contrário do que afirma a ré, a cadelinha não apresentava doença preexistente, tampouco era idosa ou obesa. Gilberto Gonçalves Facco, que elaborou o laudo necroscópico de fls. 28-30, afirmou (fl. 150):

> *"(...) a cachorra estava um pouco acima do peso, mas não dava para precisar o quanto porque ela não foi pesada; que os exames histopatológicos são pedidoa pela partes porque; que sugeriu no laudo que fosse feito um exame para constatar se havia ou não insuficiência cardíaca congestiva – ICC; que essa doença aparece geralmente com a idade; que um Yorkshire pode viver até 18 (dezoito) anos; que sete anos é meia idade; que não da para afirmar que o animal Mila era idoso; que TGP e Fosfatase Alcalina são enzimas hepáticas; que esses índices dependem de uma série de fatores para levar a morte; que os índices estão bastante altos"*

Se um cachorro da raça Yorkshire pode viver até 18 anos de idade, é óbvio que um cachorro de 07 ou 08 anos de vida não pode ser considerado idoso, uma vez que sequer atingiu a metade da sua expectativa de vida.

Tampouco há que se falar em obesidade. O depoente afirma que o animal encontrava-se um pouco acima do peso, o que obviamente não caracteriza obesidade.

Também a médica veterinária Dra. Rosely Aparecida Martins, em depoimento à fl. 151-152 afirmou:

> *"É médica veterinária; que atendeu o animal duas vezes clinicamente e encaminhou o mesmo para uma cirurgia na patela; que não se recorda quanto tempo antes da morte o animal fez o atendimento clínico dele, mas provavelmente mais de 06 (seis) meses; que o animal apresentava um problema no joelho com indicação cirúrgica; que quando examinou o animal não fez exame cardíaco; que não fez a ausculta do coração; que se o animal tivesse algum problema cardíaco o anestesista iria constatar porque é feito uma bateria de exames para ver se o animal está bem; que ficou sabendo do ocorrido, mas não teve contato com o animal; que o animal não tinha histórico de convulsão; que acredita que o estresse não conduz à convulsão; que com exceção da questão do joelho o animal era clinicamente saudável e as vacinas estavam em dia; que o animal estava com peso normal quando fez os exames; que o peso do animal era normal para o tamanho dela.*
>
> *Às reperguntas do advogado(a) da(o) autora respondeu que: o peso normal de um animal do tamanho da Mila é até 03 (três) quilos; que pelo exame necroscópico é possível saber a causa da morte; que através das fotografias é possível fazer um exame histopatológico, mas não pode afirmar 100% (cem por cento).*
>
> *Às reperguntas do advogado do requerido respondeu que: salvo engano o peso do animal Mila era 2,300 quilos, mais ou menos; que salvo engano a cirurgia do animal foi feita no começo de 2012; que não se recorda ao certo; que a febre alta pode dar convulsão; que nunca houve necessidade de fazer hemograma na cachorrinha Mila; que as alterações nos exames FA e TGP se referem à alterações hepáticas; que os problemas apresentados não são passíveis de levar o animal a óbito porque são alterações leves; que não constatou que o animal tinha insuficiência cardíaca congestiva"*

Como se vê, não havia idade avançada, tampouco obesidade na cadelinha Mila que justificassem o ocorrido.

De fato, a clínica não deve ser responsabilizada por todos os animais que porventura venham a passar mal em seu estabelecimento, desde que comprove que o mal estar não foi gerado por ação ou omissão sua, o que não é o caso dos autos.

Como se viu, a cadelinha, que apresentava meia idade e peso normal, permaneceu por mais de 07 horas em uma gaiola, sem assistência, tanto que os sintomas só foram notados quando do banho, o que evidencia uma violação ao dever de guarda, de zelo e de proteção, inerentes à própria atividade da ré.

Se o *pet shop* se dispõe a colocar cerca de quarenta animais em fila para banho, armazenando-os em gaiolas e disponibilizando apenas água, deixando-os em aguardo por mais de 07 (sete) horas, é certo que assume o risco daí decorrente, inclusive o de morte se não mantém uma vigilância constante da saúde desses mesmos animais.

Ainda que se considerasse a existência de doença preexistente, o estresse que o espaço minúsculo de uma gaiola causa, somado ao barulho, ausência de comida, calor e outros fatores, pode evidentemente desencadear uma crise, que pode evoluir para um quadro mais sério se não verificado a tempo.

Se efetivamente havia insuficiência cardíaca congestiva, é muito provável que as circunstâncias em que o animal se encontrava tenham puxado o gatilho da crise.

O fato é que se existia doença preexistente, ainda assim seria possível extrair a responsabilidade da ré, que manteve o animal por mais de sete horas fechado em gaiola sem especificar sob quais circunstâncias e sob qual temperatura.

Adoto, também como razões de decidir, a fundamentação exposta pelo douto juiz *a quo*, que muito bem analisou o caso:

> *No caso dos autos, como já visto, o cão de propriedade da autora veio à morte horas depois de ser devolvida pela ré, que tinha pego o animal para procedimento de banho e tosa pela manhã, mas somente devolvendo o animal no período noturno.*
>
> *Ante à inversão do ônus da prova e mesmo a distribuição de ônus prevista no art. 14, §3º, CDC, competia à ré comprovar nos autos circunstância que comprovasse que o estado clínico apresentado pelo animal decorreu de questões alheias a seu controle. A exemplo, doença pre-existente que determinasse as convulsões.*
>
> *Não logrou tal êxito sequer em provar as convulsões, que poderia ter sido provocada por insolação, ou seja, submissão do animal a período prolongado em ambiente quente, sem fornecimento de água ou em lugar quente e fechado.*
>
> *Embora tivesse argumentado que o cão era obeso e idoso, circunstâncias que determinaram as convulsões ocorridas, fato é que restou demonstrado que o animal tinha bom estado de saúde, e não era idoso, de acordo com o depoimento da veterinária do animal, da co-proprietária da empresa-ré, e mesmo do técnico que realizou perícia no animal após sua morte.*
>
> *(...)*
>
> *Destarte, verifica-se que o cão entregue aos cuidados da ré tinha meia idade (adulto), peso normal ou algum sobrepeso, sem qualquer histórico de doenças cardíacas. Verifica-se também que, sendo a autora cliente da ré desde dezembro de 2010 (f. 76), o animal estava habituado ao procedimento de banho e tosa junto à demandada, sendo improvável que o quadro convulsivo apresentado tenha ocorrido por estresse, eis que, a própria veterinária co-proprietária do pet shop elucida que a raça à qual pertencia o bicho não é sensível ao estresse.*

> *Tudo leva à presunção que alguma circunstância específica ocorreu durante o período em que o animal esteve sob a guarda da ré, levando o animal ao quadro atípico convulsivo, que por sua vez culminou com a morte do cão.*
>
> *Evidente, pois, a configuração do ato ilícito na violação ou desatendimento do dever de guarda da ré, decorrente da relação de consumo estabelecida entre as partes. Isto porque, a morte de animal saudável não é resultado que se espera de um procedimento de banho e tosa.*

Anoto, por fim, que o fato de não existir prova específica e contundente do que tenha ocorrido durante a permanência do animal junto ao estabelecimento ré não afasta a responsabilidade da clínica, especialmente porque a autora não tem nem poderia ter provas do que de fato ocorreu lá dentro.

O fato objetivo é que o animal, de meia idade e de peso normal, sem histórico de convulsão ou de doença preexistente, foi levado de casa por preposto da ré no período matutino para procedimento de banho e tosa, retornando somente no período noturno, abatido e debilitado, vindo a falecer horas mais tarde.

O período prolongado em que o animal permaneceu na clínica é fato incontroverso e, se não foi a causa direta do mal estar sofrido, certamente foi o estopim da crise, que não foi controlada a tempo, uma vez que a situação somente foi notada já no início da noite, quando o animal finalmente foi encaminhado para o banho.

Evidenciada, assim, a responsabilidade da ré/apelante, passo à análise do *quantum* indenizatório, uma vez que a existência do dano moral não foi questionada em apelação.

3. *Quantum* indenizatório.

No tocante à quantificação dos danos morais, no Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, pelo qual este se vale de um juízo discricionário, a fim de estabelecer o valor indenizatório. Em outras palavras, não existindo um critério objetivo e matemático para tanto, cabe, então, ao magistrado a peculiar tarefa de, a depender das circunstâncias de cada caso, decidir qual a justa e razoável recompensa pelo dano moral sofrido.

Nesse ínterim, cumpre destacar que essa fixação não se dá ao bel-prazer do magistrado. Este deve, *"ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo"*[3] *A ré sustenta que o valor arbitrado, de R$ 15.000,00 é exorbitante e em desconformidade com outros julgados semelhantes.*

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.

A dificuldade na mensuração do valor da indenização (que, por óbvio, não pode ser tarifada) exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, estabelecer critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do dano e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.

3 TJMG. AC 87.244. Terceira Câmara. Julgamento: 9/4/1992. *In*: Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 9ª edição, Editora Saraiva, p. 587.

Na hipótese dos autos, é evidente o abalo sofrido pela autora, tendo em vista que sua cachorrinha, aparentemente saudável e após procedimento simples de banho e tosa, veio repentinamente a óbito.

Assim, considerando os critérios tidos pela jurisprudência consolidada como norteadores do arbitramento judicial desse tipo de indenização, a capacidade econômica da ré, cujo capital social é de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), entendo que R$ 10.000,00 é suficiente para compensar o abalo moral sofrido sem propiciar enriquecimento indevido, e, ao mesmo tempo, para imprimir uma sanção de caráter educativo à ré.

A manutenção da indenização em R$ 15.000,00 alcançaria quase 60% do capital social da ré, o que demonstra de fato o excesso no valor arbitrado.

De outro lado, minorar a condenação para R$ 2.000,00, como sugere a ré apelante, seria quase o mesmo que não compensar a autora pelo dano moral sofrido.

Observo que os animais de estimação são muitas vezes considerados membros da família, despertando os mais profundos sentimentos, especialmente em crianças e adolescentes, como é o caso dos autos. A morte do animal certamente causou mais dor e abalo na autora do que uma eventual inscrição indevida do nome em cadastros de restrição ao crédito, para o qual normalmente se arbitram indenizações entre R$ 10.000,00 e R$ 15.000,00.

4. Honorários sucumbenciais.

No que se refere à insurgência quanto ao valor arbitrado aos honorários advocatícios, tenho que igualmente não merece reparos a sentença atacada, porquanto fixado em valor razoável, no equivalente a 15% sobre o valor da condenação.

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Entende-se como vencido aquele que deixou de alcançar com o processo aquilo que pretendia. Essa condenação funciona como uma punição àquele que resistiu ao reconhecimento da pretensão alheia, resistência essa tida como injusta quando o litígio é julgado em desfavor da parte resistente.

Na espécie, percebe-se que o arbitramento dos honorários foi delineado observando-se a uma apreciação equitativa, considerando-se 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, motivo pelo qual tenho que os honorários advocatícios foram fixados de forma razoável.

Não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de múnus público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (artigo 133), é essencial à administração da Justiça.

5. Honorários contratuais.

É de se ver, por fim, que o douto juiz a quo condenou a ré/apelante ao ressarcimento de 30% dos honorários contratuais.

A pretensão do apelante, de excluir essa condenação, merece amparo.

E a Terceira Turma do STJ, no REsp nº 1.027.797[4], seguindo voto proferido pela e. Relatora Ministra Nancy Andrighi, em 17 de fevereiro de 2011, externou o entendimento de que é cabível o pagamento de honorários advocatícios contratuais como perdas e danos, na forma do art. 389 do Código Civil.

No entanto, posteriormente, a própria Min. Nancy Andrighi, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG, de 13 de junho de 2012, proferiu voto vista para rever o seu posicionamento, conforme segue:

> *"(...) Com efeito, ao admitir que o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveremos, por simetria, de reconhecer também o direito do réu – em caso de total improcedência dos pedidos – de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais que tiver pago.*
>
> *Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias).*
>
> *Diante disso, a rigor não há como justificar o dever de indenizar do autor.*
>
> *Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito.*
>
> *Feita essa constatação, conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação).*
>
> *Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão "honorários de advogado", utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.*
>
> *Vale dizer, o termo "honorários de advogado" contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.*
>
> *Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais – pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito – mas, pelos motivos acima*

4 *"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. (...) RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. (...)*
4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.
5. O pagamento dos honorários extrajudiciais, como parcela integrante das perdas e danos, também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.
6. Recurso especial ao qual se nega provido." (STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.027.797-MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado: 17 de fevereiro de 2011)

> *expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais."*
>
> *Logo, diversamente do que defende a apelante, a sua pretensão não é amparada pelo Código Civil, como restou assentado na jurisprudência do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG."*

Com relação aos recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de admitir a inclusão do valor dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais, esclareço que não se trata de tema pacífico naquela Corte e, a meu modo de ver, deve prevalecer o entendimento de que *"a mera contratação de advogado para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça"* (STJ. REsp 1362294. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicação: 10/03/2015).

Desta forma, entendo que merece acolhimento a pretensão da apelante quanto ao ponto em questão.

6.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação cível interposto pela ré B.F Comércio de Produtos Veterinários Ltda. (Centro de Estética Late & MIA) e lhe dou parcial provimento para minorar o valor da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais) e afastar a condenação ao pagamento de 30% do valor dos honorários contratuais.

Ficam mantidos os ônus sucumbenciais tais como lançados na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0005832-55.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – *EXTRA PETITA* – REJEITADA – MÉRITO – ERRO DE DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO INADEQUADO – IMPERÍCIA DO PREPOSTO DO HOSPITAL – FALHA NA PRESTAÇÃO DO ATENDIMENTO HOSPITALAR – APLICAÇÃO DO CDC – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* ARBITRADO DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Afasta-se a nulidade da sentença por vício *extra petita* quando há congruência entre os elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido) e a sentença proferida nos autos.

A relação jurídica existente entre o paciente e o hospital é típica relação de consumo, devendo ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seus prepostos (art. 14 do CDC), sendo necessária tão somente a prova da culpa do médico que prestou o atendimento no setor de urgência/emergência do nosocômio requerido.

Se a ofensa é grave e de repercussão, o dano moral é presumido, ou seja, decorre do próprio fato *in re ipsa*, justificando a concessão de uma satisfação pecuniária à vítima.

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao ofendido uma compensação, confortando-o pelo constrangimento psicológico a que foi submetido, como também como fator de punição para que o ofensor reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

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 ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Associação Beneficente de Campo Grande - Mantenedora do Hospital de Caridade Santa Casa interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da ação de indenização que lhe move Leonici Lourenço da Silva, que julgou

parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar o requerido ao pagamento de danos morais, no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Alega a apelante a nulidade da sentença, pois a autora em momento algum pediu indenização pelos supostos transtornos que a demora no diagnóstico médico teria lhe causado, mas sim fundamenta a ação no entendimento de que as sequelas que lhe afligem advêm do atendimento tardio a que foi submetida. Assim, a condenação da requerida em razão do pretenso sofrimento que experimentou no período constitui sentença *extra petita*, porquanto não foi objeto da defesa e não pode subsistir, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal.

No mérito, afirma que restou configurado que o mal que acomete a autora é decorrente do acidente que sofreu, não guardando nenhuma relação com o atendimento médico prestado pela apelante, especialmente porque o Perito ao afirmar que "*existe nexo técnico acidental entre o acidente e a sequela*", ele afasta qualquer outra causa no resultado danoso de que se ressente a autora.

Assevera que inexiste nexo causal entre o atendimento prestado nas dependências da ABCG e a sequela nos dedos da mão da autora, pois mesmo que o médico tenha sido imperito no primeiro atendimento, tal fato não foi determinante na causação da sequela que acomete a autora.

Sustenta que a prova pericial exclui de forma categórica o nexo de causalidade entre o atendimento prestado e as sequelas da autora. Assim, embora o juiz não fique vinculado à provas feitas aos autos, deve declinar que forma fundamentada as razões de conclusão diversa, o que não foi feito nos autos, pois não apontou em que consiste a conexão entre aquele e o dano de que padece a autora.

Defende, de forma subsidiária, a redução do *quantum* indenizatório, justamente porque deve ser considerada a capacidade econômica do hospital apelante, o qual está "afundado" em dívidas, bem como que não há valor que seja passível de se estabelecer como pedagógico para a instituição, justamente porque sua função primordial é a de "salvar vidas".

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 404-409).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Associação Beneficente de Campo Grande - Mantenedora do Hospital de Caridade Santa Casa em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da ação de indenização que lhe move Leonici Lourenço da Silva, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o requerido ao pagamento de danos morais, no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Segundo consta da inicial, a autora sofreu acidente doméstico, no dia 09/04/2008, sendo ferida por cacos de vidro na mão direita, posteriormente encaminhada e internada no nosocômio requerido.

Consta que o atendimento foi prestado pelo médico ortopedista, Dr. Gustavo Henrique dos Santos Ferreira, preposto do requerido, o qual fez o diagnóstico pré-operatório com CID S 51, realizando o procedimento cirúrgico de "limpeza, diluidamento, exploração".

Afirmou ainda que, no dia 02/06/2008, iniciou um tratamento intensivo fisioterápico pela ACBR-Fisioterapia. Mencionou também que, após a alta médica hospitalar, devido a fortes dores e dificuldade de movimentar os dedos da mão direita, foi examinada por diversos médicos e clínicas.

Diante de tais fatos, foi submetida a outro procedimento cirúrgico de urgência para reconstrução de sua mão direita, através de uma cirurgia de enxerto. Mas, decorrido o período de dois anos, acabou perdendo os movimentos do membro lesionado.

Sustentou que o médico que prestou o atendimento inicial não fez o diagnóstico correto, e isso lhe causou prejuízos irreparáveis, pois teve de se submeter a outro procedimento cirúrgico, mas mesmo assim não recuperou os movimento dos dedos de sua mão direita.

Assim, ingressou com a presente demanda visando ser indenizada pelos danos morais e materiais advindos do evento narrado.

Na contestação o requerido denunciou a lide e, no mérito, manifestou pela improcedência dos pedidos (f. 98-121).

O magistrado *a quo* rejeitou a denunciação da lide, deferindo, por sua vez, a prova pericial (f. 257-259)

O Laudo Pericial foi juntado aos autos (f. 281-285), o qual foi complementado às f. 325/326.

Na sentença o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o requerido tão somente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) (f. 361-376).

Irresignado o requerido apela a esta Corte alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por ofensa ao disposto nos artigos 128 e 460 do CPC, já que a causa de pedir exposta na inicial está ligada a indenização pela "perda dos movimentos dos dedos da mão da autora, decorrente da demora do diagnóstico", e não "pelos supostos transtornos que a demora no diagnóstico teria lhe causado nesse meio tempo", de modo que não pode subsistir a sentença.

No mérito, sustenta a inexistência de nexo causal entre a sequela experimentada pela autora e o atendimento prestado pelo apelante, pois tendo o Perito Judicial afirmado que "existe nexo técnico acidental entre o acidente e a sequela", está afastando qualquer outra causa apta a provocar o resultado danoso. Subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório, especialmente em razão da atual situação econômica do nosocômio requerido.

Em contrarrazões a autora manifestou pelo desprovimento do recurso.

Analiso inicialmente a preliminar arguida.

Preliminar de nulidade da sentença – *extra petita*

O apelante afirma que a sentença é nula porque ofertou pedido diverso do que foi deduzido na inicial, pois a indenização pretendida pela autora baseou-se exclusivamente na "perda dos movimentos dos dedos da mão" em razão da demora do diagnóstico prestado por seu preposto, e não "pelos supostos transtornos que a demora no diagnóstico teria lhe causado nesse meio tempo". Assim, entende que deve ser anulado o capítulo concernente ao dano moral, pois inexistiu pedido para lastrear tal condenação.

Sem razão o apelante.

É consabido que a sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação.[1]

Nestes termos, preconiza o art. 460 do CPC: *"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado"*.

No vertente caso, não vislumbro a nulidade aventada pelo apelante.

Com efeito, a autora pleiteou indenização por danos materiais e morais, em decorrência do suposto erro no diagnóstico médico e no tratamento cirúrgico que lhe foi dispensado pelos prepostos do nosocômio requerido. Afirmou ainda que tais fatos repercutiram em sua vida pessoal, causando-lhe prejuízos irreparáveis, pois com a "perda dos movimentos dos dedos da mão direita" não pôde mais exercer suas atividades laborais. Ainda sustentou a existência de danos morais, haja vista a dor e sofrimento psicológico vivenciados no período.

Vê-se, portanto que a causa de pedir da indenização pretendida pela autora está ligada ao erro de diagnóstico médico e à suposta inadequação do tratamento cirúrgico que lhe foi prestado.

Ademais, conquanto o apelante afirme que "não existe nos autos pedido de condenação em razão de suposto sofrimento experimentado pela autora-recorrida entre o período decorrido do acidente e o diagnóstico correto" (f. 386), tal afirmativa não prospera, uma vez que a pretensão de indenização por danos morais decorre da própria narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Aliás, a autora afirma em sua petição que o erro tardio no diagnóstico e o procedimento cirúrgico inadequado causaram-lhe dor moral e psicológica, tanto que ao final postulou pela condenação do requerido ao pagamento dos danos morais. Confira:

> *"9. **A ocorrência da lesão e do erro médico** e cirúrgico, resultou a autora, prejuízos irreparáveis, pois sempre trabalhou, pois ajudava na manutenção de sua casa e de seus filhos, conforme demonstra todos os documentos em anexo ao processo.*
>
> *(...)*
>
> *Danos morais sofridos pela autora*
>
> *(...) Teriam eles, os danos morais, com pressuposto antológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido a vítima por atos ilícitos, e, face de dadas circunstancias... (...)*
>
> *Do pedido.*
>
> *(...)*
>
> *B) julgar procedente a presente ação, condenando a Ré a reparação com o pagamento dos danos morais e materiais sofridos pelo autor"* . (grifei)

Destarte, a sentença não incide em qualquer vício, pois ao julgar parcialmente procedentes os pedidos e condenar o requerido apenas ao pagamento dos danos morais, o magistrado *a quo* ficou adstrito aos limites fixados na petição inicial, conforme excertos da sentença abaixo transcritos:

1 Humberto Theodoro Jr., *in* **Processo de Conhecimento**, 53ª ed. Ed. Forense, ano 2011, p. 539

> *"(...) A imperícia do médico assistente ao não verificar de pronto a lesão do nervo ulnar, apesar de tê-lo analisado, bem como de se resguardar com a atenção de outro médico mais especializado foi obstáculo o procedimento curativo adequado e as circunstâncias não o isentavam da responsabilidade, pois em última análise a conclusão de não ter visto a lesão do nervo foi o motivador para encerrar o tratamento naquele ponto, dando-o por suficiente.*
>
> *Mais uma vez, anote-se que o correto diagnóstico sobreveio após quatro meses do acidente e que a cirurgia para sua correção somente ocorreu após um ano e sete meses dos fatos.*
>
> *A imperícia do médico preposto é o que lastreia à culpa do hospital requerido, exatamente por ser deste último a eleição dos profissionais que lá atuam. Existe, então, o ato ilícito passível de indenização.*
>
> *(...)*
>
> *O pedido para danos morais, por sua vez, merece acolhimento. O diagnóstico insuficiente realizado pelo médico assistente contribuiu para que a autora recebesse tardiamente o tratamento adequado – ao menos quatro meses se passaram até que a requerente recebesse o diagnóstico correto. Durante esse período a autora enfrentou um processo incapacitante, o que está devidamente demonstrado nos autos através dos vários atestados médicos e dos documentos previdenciários declarando que a demandante percebia o auxílio-doença.*
>
> *A incapacidade laboral, mesmo que temporária, atinge diretamente os direitos da personalidade da autora, já que reflete em sua potencialidade física e psíquica, o que dispensa qualquer comprovação por meio de provas, por configurar-se como dano in res ipsa." (f. 371/372)*

Não bastasse isso, o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "a *delimitação dos pedidos constantes da petição inicial deve ser norteada por uma interpretação lógico-sistemática de toda a exposição dos fatos e fundamentos de direito, e não, simplesmente,considerar apenas aqueles constantes de capitulação própria*" (STJ - REsp: 1195656 BA 2010/0094662-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 16/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2011)

Em igual sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO, A PARTIR DE UMA ANÁLISE GLOBAL DA PETIÇÃO INICIAL. DANOS EMERGENTES. DANOS MORAIS. DISTINÇÃO. PRECEDENTE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.*
>
> *I - **O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica "dos pedidos**".*
>
> *II - Embora não tenha constado, na espécie, pedido expresso por danos morais, toda a argumentação da petição inicial foi nesse sentido. Isso quer dizer que se extrai do pedido a pretensão de danos morais, a despeito de a autora havê-los genericamente denominado "danos emergentes".*

> *III - Além disso, na espécie, a deficiência na formulação do pedido não acarretou prejuízo à defesa, notadamente porque a própria ré não argumentou, na contestação e nem na apelação, a inépcia da inicial ou a ocorrência de julgamento fora dos limites postulados, tendo essa última questão surgido de ofício, e apenas quando do julgamento da apelação".* (REsp 284.480/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 12/12/2000, DJ 02/04/2001, p. 301) (grifei)

Destarte, havendo congruência entre os elementos da demanda (pedido e causa de pedir) e a sentença proferida nos autos, tem-se inexistente o vício de *extra petita* mencionado pelo apelante.

Logo, rejeito a preliminar arguida.

Mérito

O apelante afirma que não há nexo de causalidade entre o atendimento prestado em suas dependências e a sequela da mão direita da autora.

Pois bem, inicialmente é importante consignar que a relação jurídica existente entre as partes deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, por ser típica relação de consumo, na qual o hospital é um prestador de serviços e a paciente é o destinatária final destes serviços, consoante o disposto nos artigos 2º e 3º, parágrafo 2º daquele diploma normativo:

> *"Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*
>
> *(...)*
>
> *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.*
>
> *(...)*
>
> *2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

A responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor em relação aos hospitais por defeito da prestação de serviço é objetiva, de acordo com o disposto no art. 14, somente sendo afastada nas hipóteses previstas no parágrafo 3.º.

> *"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 fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".*

Desta forma, o dever indenizatório dos hospitais ou clínicas por danos causados aos consumidores, decorrentes de defeitos na prestação dos serviços, só pode ser afastado mediante prova da ruptura do nexo de causalidade, comprovando a inexistência de defeito na prestação desse serviço ou no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse sentido, eis o seguinte precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ*
>
> *1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.*
>
> *2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).*
>
> *3.- Recurso Especial do hospital improvido.* (REsp 1184128/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010)*"* .

Assim, para a responsabilização objetiva do hospital requerido é suficiente que fique demonstrada a imperícia do seu preposto no atendimento prestado à autora.

No caso em tela, verifico que a autora foi atendida no setor de urgência/emergência da Santa Casa requerida, no dia 09/04/2008, em decorrência de ferimento ocasionado por caco de garrafa, na região da mão direita. Naquela ocasião, a autora apresentou as seguintes queixas ao médico plantonista "dormência ao nível do 4º e 5º dedo da mão direita", como também dificuldade para movimentá-los. Diante do quadro verificado, a autora foi encaminhada para uma avaliação ortopédica, já que existia diagnóstico provável de "lesão nervo e tendão", conforme Prontuário de f. 130.

O parecer da ortopedia foi no sentido de realização de procedimento cirúrgico para "exploração de lesão ao nível de punho", conforme recomendação do médico Dr. Augusto R. Rodrigues às f. 131.

Foi realizado o procedimento de "limpeza, debridamento, exploração cirúrgica" pelo médico ortopedista, Dr. Gustavo Henrique S. Ferreira, naquele mesmo dia, conforme Prontuário de f. 138. No entanto, é possível constatar que o profissional deixou de observar, no momento da intervenção cirúrgica, a existência de "lesão no nervo ulnar". Confira:

> *"Visualização de:*
>
> *-ferimentos em punho D, face ulnar e artéria e ferimento na região hipotenar; - expansão dos ferimentos e constatação de lesão parcial da musculatura hipotenar e lesão de ramo importante da artéria ulnar.* ***Não localizo lesão no nervo ulnar****; limpeza e debridamento dos ferimentos"* (f.138) (grifei)

É possível verificar também que, a despeito do atendimento médico, a autora continuou suportando fortes dores no membro lesionado, tanto que, no dia 20/04/2008, retornou ao nosocômio requerido para novas indicações médicas, ficando consignado tais fatos no Prontuário de f. 139:

> *"Queixas Principais: Paciente relata que há 11 dias cortou o punho D com vidro e foi operada aqui na Santa Casa. Refere que há 4 dias veio ao hospital e engessou o braço D. Relata que, desde então vem apresentando dor no local. Refere cefaléia e náuseas. Nega febre e outros sintomas".*

Diante da situação narrada, a autora foi encaminhada para uma nova avaliação da ortopedia, no hospital requerido, tendo sido atendida pelo profissional Dr. Daniel Ismael e Silveira, o qual apenas indicou procedimento para "Fender Gesso", nada referindo acerca da "lesão no nervo ulnar" (f. 139/140).

Não bastasse isso, os documentos juntados aos autos demonstram que a autora continuou sendo acompanhada pelo preposto da requerida, o médico ortopedista Dr. Gustavo Henrique S. Ferreira (f. 25-36), que prestou o atendimento inicial, o qual prescreveu tratamento fisioterápico, embora tenha mencionado na Receita Médica Hipótese Diagnóstica (HD) de "Lesão n. ulnar" (f. 27). Importante mencionar que a autora realizou as fisioterapias indicadas (f. 32/33).

Referido profissional somente quatro meses após o atendimento inicial, ou seja, em agosto de 2008, é que encaminhou a autora para ambulatório de neurocirurgia, com diagnóstico clínico de lesão de nervo ulnar na região tenar direita, conforme documentos de f. 37/38.

O Perito do Juízo destacou que a dificuldade do médico em efetuar o diagnóstico do trauma do nervo deve-se ao fato do sangramento intenso provocado pela lesão da artéria localizada próxima ao nervo ulnar (f. 283/284). Mas, em casos tais, normalmente os profissionais, em razão da falta de equipamento e/ou habilidade, somente suturam o ferimento e encaminham o paciente para um especialista. Confira:

> *"(...) atualmente diante de diagnósticos de lesão nervosa, alguns profissionais por falta de equipamento e/ou habilidade com a microcirurgia fecham o ferimento, e encaminham os pacientes para os cirurgiões que realizam as microcirurgias (às vezes com microscópios e/ou lupas), para um resultado mais satisfatório" (f. 325/326).*

Contudo, como já referido, o médico ortopedista, Dr. Gustavo Henrique S. Ferreira, assim não procedeu, pois mesmo com Hipótese Diagnóstica (HD) de Lesão ulnar, indicou o tratamento fisioterápico e tão somente quatro meses após o acidente é que encaminhou a autora para o neurocirurgião, o qual realizou o procedimento de "micro cirurgia de nervo periférico com enxerto de nervo" (f. 283).

Aliás, indagado acerca da adequação da técnica adotada pelo médico assistente, o Perito do Juízo esclareceu:

> *"2. Através dos documentos carreados aos autos (Prontuário), a técnica adotada foi adequada?*
>
> *Pela descrição do ato cirúrgico o cirurgião não percebeu a lesão do nervo cubital, provavelmente pelo grande sangramento arterial ocorrido" (f. 284).*

Logo, resta evidenciada a imperícia do preposto da requerida, pois além de não conseguir detectar a lesão do nervo ulnar, deixou de se valer da atenção de outro médico mais especializado na área, circunstância que se utilizada seria capaz de detectar a existência da lesão, como inclusive destacado pela Perícia Judicial.

Aliás, com bem mencionado pelo magistrado *a quo* "*a imperícia do médico assistente ao não verificar de pronto a lesão do nervo ulnar, apesar de tê-lo analisado, bem como de se resguardar com a atenção de outro médico mais especializado foi obstáculo ao procedimento curativo adequado e as circunstâncias não o isentavam da responsabilidade, pois em última análise a conclusão de não ter visto a lesão do nervo foi o motivador para encerrar o tratamento naquele ponto, dando-o por suficiente*" (f. 371).

Não há dizer que existindo nexo acidental entre o acidente e a sequela fica afastada a sua responsabilização pela prestação do serviço médico, como pretende o apelante, justamente porque não se busca a responsabilização do nosocômio pela lesão em si, mas sim pelo erro de diagnóstico e tratamento inadequado ofertado à autora. Tanto é assim que o magistrado *a quo* julgou improcedentes os danos materiais em razão da impossibilidade de atribuir a existência da sequela (lesão do nervo) ao médico assistente ou à requerida. Confira-se às f. 372.

Ora, o estabelecimento que presta serviços de saúde deve atender seus pacientes com o devido respeito e atenção, independentemente de terem tido ou não culpa na ocorrência do evento danoso.

Como é sabido, a obrigação dos serviços médicos, em geral, é de meio e não de resultado, ou seja, o profissional tem a obrigação de aplicar todos os meios necessários e possíveis no tratamento do enfermo, mas não é obrigado a curá-lo. Mas, no caso, tal cautela não existiu por parte do médico preposto da requerida, razão pela qual deve o apelante ser responsabilizado nos termos do art. 186 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."*

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO - FALECIMENTO DE NASCITURO - RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.*
>
> *1. - Conforme jurisprudência uníssona desta Corte, não há espaço jurídico para discussão a respeito de culpa do hospital, em decorrência da responsabilidade do médico, quando o paciente especificamente procura o hospital e recebe atendimento inadequado por parte dos profissionais disponibilizados entre os integrantes do corpo clínico.*
>
> *(...)*
>
> *4.- Agravo Regimental improvido.* (STJ - AgRg no AREsp 353.195/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013)
>
> *RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.*
>
> *(...)*
>
> *3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.*
>
> *4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.*

> *5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.*
>
> *6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.*
>
> *7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.*
>
> *8. Recurso especial parcialmente provido.* (STJ - REsp 1335622/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013)

Assim, estando comprovada a imperícia do preposto, fica evidenciada a falha na prestação do serviço ofertado pelo hospital recorrido, impondo-se a sua responsabilização civil, consoante dispõe o art. 14 do CDC:

> *"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".*

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2. O hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior. 3. Não obstante isso, para imputar a responsabilidade ao hospital, nos termos da legislação consumeirista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu a demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, ao qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ. 4. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 5. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 6. Assim, não assiste razão à autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento àquela, bem como não foi comprovado o nexo de causalidade entre a compressão dos nervos que ocasionaram as dores na autora e o suposto erro médico. Negado provimento ao apelo".* (TJRS; AC 0443363-74.2014.8.21.7000; Farroupilha; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto; Julg. 25/03/2015; DJERS 30/03/2015)

No que tange aos danos morais, é cediço que, em casos tais, o dano moral é presumido, ou seja, surge automaticamente do próprio fato ocorrido, tornando-se prescindível a sua comprovação.

A doutrina ensina que:

> *Poder ser, ainda, que a sociedade predetermine que um determinado fato enseja dano moral ao "homem médio", considerando um padrão de pessoa comum. Nesse caso, diz-se que o dano se demonstra pelo próprio fato, sem que se precise analisar a esfera íntima da vítima. A essa ofensa a doutrina se refere como dano in re ipsa – valendo-se da expressão latina que significa "ínsito à coisa".* (DONIZETTI, Elpídio; Curso Didático de Direito Civil, Ed. Atlas, 2012, p. 401)

Ainda:

> *Entendemos, todavia, que 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 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. Neste 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. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. 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.* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., Malheiros, 2004, p. 100/101).

No mesmo sentido é a posição da jurisprudência, note-se:

> *EMENTA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – ERRO MÉDICO – HOSPITAL MUNICIPAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – NEXO CAUSAL CONSTATADO – VÍTIMA DONA DE CASA – TRABALHO COM VALOR ECONÔMICO – PENSÃO MENSAL DEVIDA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO – DANOS MATERIAIS – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – INDENIZAÇÃO MANTIDA – JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA À PARTIR DO EFETIVO PREJUÍZO – DANOS MORAIS E ESTÉTICO CONFIGURADOS – QUANTUM MANTIDOS – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A DATA DO ARBITRAMENTO – JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS ÔNUS – SENTENÇA MANTIDA NA ÍNTEGRA – RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME IMPROVIDOS.*
>
> *(...)*
>
> *4. Verificado o fato (erro médico), a responsabilidade do município, o dano suportado pela requerente e o nexo de causalidade, causando danos de ordem imaterial na autora que se vê limitada em sua força de trabalho, além das dores que suporta, resta configurado o dano moral in re ipsa. (...)* (TJMS - 3ª Câmara Cível - Apelação/Reexame Necessário Nº 0000074-15.2009.8.12.0039 - Agua Clara - Relator Des. Marco André Nogueira Hanson - J. 12 de novembro de 2013)
>
> *RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. ERRO NO DIAGNÓSTICO DA PACIENTE EM ATENDIMENTO NA EMERGÊNCIA DE HOSPITAL. MAIS DE QUATRO HORAS DE ESPERA SEM O DEVIDO TRATAMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. INFARTO DO MIOCÁRDIO*

> *APENAS CONSTATADO EM OUTRO NOSOCÔMIO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE NO VALOR ARBITRADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Responsabilidade objetiva do hospital pelos atos de seus prepostos quando não identificam, por negligência, a enfermidade da paciente que dá entrada na emergência com fortes dores torácicas. 2. Caracterizado defeito na prestação de serviço, juntamente com a longa espera do consumidor com risco à vida sem o devido atendimento, resta configurado o dano moral in re ipsa, sendo prescindível a comprovação do prejuízo. 3. Dano moral fixado em R$50.000,00. Proporcionalidade no valor arbitrado pelo magistrado monocrático, ante a gravidade do risco. 4. Apelo desprovido. Decisão unânime.* (TJ-PE - APL: 3177502 PE, Relator: Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo, Data de Julgamento: 16/09/2014, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/10/2014)

Tal entendimento é justificado em razão da celeridade e economia processual decorrentes da desnecessidade de produção de prova em relação a um acontecimento que ocorreu. Isso porque, se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Então, firmou-se o entendimento de que a prova do dano nesses casos era desnecessária, pois o resultado era sempre o mesmo.

Ademais, como ressaltado pelo magistrado *a quo* o diagnóstico insuficiente realizado pelo médico assistente contribuiu para que a autora recebesse tardiamente o tratamento adequado. E, durante todo o período de tratamento médico, ela enfrentou um processo incapacitante, conforme vários atestados médicos e documentos previdenciários colacionados aos autos, declarando que ela percebia auxílio doença (fls. 25/26, 30/31, 34/35, 41, 44, 68, 73-91). Assim, tais fatos repercutiram de forma direta no espírito e personalidade da autora, abalando-a de forma física e psíquica.

Enfim, restando comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares, o dano moral é presumido, sendo realmente correta a condenação em danos morais.

Já no que diz respeito ao *quantum*, destaco que no direito brasileiro não existe um parâmetro legal para fixação do dano moral, ficando tal incumbência ao prudente arbítrio do julgador.

De acordo com a doutrina:

> *Cabe ao prudente arbítrio do julgador, portanto, estipular equitativamente o montante devido, mediante a análise das circunstâncias do caso concreto e segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso porque a finalidade da indenização é justamente a de compensar o ofendido pelo constrangimento que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o autor do dano de, no futuro, praticar atos semelhantes. Nesse sentido, fala-se no caráter reparador e pedagógico da indenização.*
>
> *Além disso, a indenização não pode ser a tal ponto de gerar enriquecimento ilícito da parte lesada e nem pode ser ínfima, de forma a não compensar os prejuízos causados pela ofensa. Deve-se considerar, ainda, para fins de quantificação da indenização, circunstâncias tais como as condições econômicas da vítima e do ofensor.* (DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 420)

Rui Stoco ensina ainda que:

> *Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.* (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Nesse sentido se posiciona a jurisprudência, note-se:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATENDIMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO. ERRO MÉDICO. MORTE DO PACIENTE. DANO MORAL. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R$ 100.000,00). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O quantum indenizatório fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, levando em consideração o grau da lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de cumprir dupla finalidade: (a) amenização da dor sofrida pela vítima e (b) punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências.*
>
> *2. Assim, a revisão do valor a ser indenizado somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa in casu diante da quantia fixada em R$ 100.000,00 (cem mil reais).*
>
> *3. Agravo Regimental desprovido.* (STJ - AgRg no REsp 1395716/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

A quantia fixada a título de dano moral, portanto, tem por objetivo proporcionar ao ofendido uma compensação, confortando-o pelo constrangimento psicológico a que foi submetido, e ainda serve como fator de punição para que o ofensor reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

No caso em tela, restou demonstrado que o apelante é instituição que presta serviços de saúde de forma assistencial e filantrópica, de fins não lucrativos. Já a apelada é pessoa de baixa capacidade financeira, que necessita trabalhar para a manutenção de sua família.

Assim, levando em conta tais fatores, verifico que o *quantum* fixado pelo magistrado a quo (R$25.000,00) atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e ainda foi considerada a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização, não sendo o caso da redução pretendida.

Destarte, não havendo fundamentos suficientes para a reforma da sentença, impõe-se a sua manutenção e o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0061530-80.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 1.240 DO CÓDIGO CIVIL – LAPSO TEMPORAL DE 05 ANOS – CONJUNTO PROBATÓRIO – POSSE PACÍFICA – AÇÕES INTENTADAS EM FACE DE TERCEIRO NÃO INTERROMPE O FLUXO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – RECURSO DESPROVIDO.

A usucapião especial urbana é conferida àquele que possuir como sua, área urbana de até 250 m², por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Assim, sendo implementados tais requisitos, é de rigor a declaração da prescrição aquisitiva.

A existência de ações em face de terceiros não é suficiente para interromper o fluxo da prescrição consumativa, ainda mais quando a possuidora delas não participou.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S/A interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da usucapião movida por Viviane Menezes do Amaral, que julgou procedente o pedido para declarar a propriedade da autora sobre o imóvel urbano descrito na inicial.

Alega que detém a posse mansa e pacífica do imóvel em questão desde junho de 2003, não tendo ficado inerte na defesa da sua posse, tanto que ingressou com ação de notificação judicial no ano de 2002 e posteriormente com ação de rescisão de contrato, cuja sentença determinou a imediata reintegração na posse em 06/11/2006, que só não ocorreu devido a interposição de recursos.

Assevera que a autora não comprovou o exercício da posse pelo prazo de 5 (cinco) anos, pois apenas demonstrou posse a partir de 25/01/2006, de modo que não satisfez os requisitos para a presente usucapião.

Defende que a autora não possui posse mansa, pacífica e sem oposição, pois os documentos juntados aos autos demonstram que a empresa apelante em nenhum momento quedou-se inerte, pois vem tomando todas as medidas cabíveis para ser reintegrada na posse do imóvel, e somente não ocorreu tal fato ante o efeito suspensivo conferido ao recurso interposto em face da sentença que autorizara a sua reintegração.

Requer o provimento do recurso (f. 202-207).

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 213-217).

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 224-230).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Larcky Sociedade de Crédito Imobiliário S/A interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da usucapião movida por Viviane Menezes do Amaral, que julgou procedente o pedido para declarar a propriedade da autora sobre o imóvel urbano descrito na inicial.

Segundo consta da inicial, a autora detém a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel determinado pelo lote nº 23 da quadra 12, do loteamento denominado Conjunto Residencial Novo Paraná, nesta Cidade, com área de 250 m2, por aproximadamente 6 (seis) anos.

Alega a autora que o imóvel possui cerca e também que implementou diversas benfeitorias necessárias, realizando a "reforma do quintal, cimentando tudo, do banheiro, troca de todas as portas da casa, a hidráulica e elétrica da cozinha e da edícula dentre outras". (f. 03).

Sustenta que cuidou do imóvel com *animus domini* e o utiliza como sua moradia por mais de cinco anos, sem qualquer oposição. Assim, afirma que faz jus à usucapião, consoante dispõe o art. 1.240 do Código Civil.

Destarte, ingressou com a presente ação visando o reconhecimento da prescrição aquisitiva do citado imóvel.

Em contestação a requerida suscitou preliminar de impossibilidade jurídica e, no mérito, manifestou pela improcedência do pedido formulado (f. 95-102)

Foi ouvida uma testemunha na audiência de instrução designada nos autos(f. 179).

Na sentença o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, declarando a propriedade da autora sobre o imóvel urbano caracterizado na inicial.

Irresignada a autora recorre a esta Corte pretendendo a reforma da sentença.

Nas suas razões recursais alega que a autora não satisfez os requisitos da usucapião, pois não comprovou posse mansa, pacífica e sem oposição pelo prazo de 5 (cinco) anos; que detém a posse mansa e pacífica do imóvel em questão desde junho de 2003, não tendo ficado inerte na defesa da sua posse, tanto que ingressou com ação de notificação judicial no ano de 2002 e posteriormente com ação de rescisão de contrato, cuja sentença determinou a imediata reintegração na posse em 06/11/2006, que só não ocorreu devido a interposição de recursos.

Em contrarrazões a apelada manifestou pelo desprovimento do recurso (f. 213-217).

A Procuradoria de Justiça manifestou pelo desprovimento do recurso (f. 224-230).

Com efeito, consoante dispõe o artigo 1.240 do Código Civil, aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros_quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, e nele tiver estabelecido a sua moradia ou de sua família, adquire-lhe a propriedade, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Confira-se:

> *"Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados,* ***por cinco anos*** *ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural."* (grifei)

Essa é a denominada usucapião especial urbana, conhecida por usucapião *pro moradia*, sendo originariamente prevista na Constituição da República, no art. 183, no capítulo da política urbana, e se volta primordialmente à regularização fundiária e garantia do direito fundamental à moradia para a população de baixa renda.

O prazo desse tipo de usucapião é exíguo, no entanto, esse benefício é limitado por uma série de requisitos, ou seja, além de o usucapiente ter que atender requisitos previstos no art. 1.240 do CC (posse contínua, pacífica e com *animus domini*, deve satisfazer outros tantos, de caráter objetivo e subjetivo: a) somente a pessoa natural pode pleitear essa modalidade de usucapião; b) a área usucapida deve situar-se em zona urbana; c) a área máxima do terreno é de 250 m2; d) o imóvel deve ser utilizado para moradia e) o possuidor não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Nesse sentido é a doutrina de Francisco Eduardo Loureiro:

> *"O prazo da usucapião especial urbana é de cinco anos (...) De um lado, o prazo é exíguo, co mo fim de estimular essa modalidade de usucapião. De outro lado, a categoria destinatária do benefício é limitada mediante uma série de requisitos objetivos e subjetivos. Note-se que os requisitos básicos de todo usucapião estão implícitos no art. 1.240, ou seja, a posse deve ser contínua, pacífica e com animus domini.*
>
> *Quanto aos requisitos subjetivos, somente a pessoa natural pode ser autora desta modalidade de usucapião, pois não se cogita de pessoa jurídica estabelecendo moradia própria ou com sua família no lote urbano. (...)*
>
> *No que se refere aos requisitos especiais objetivos, deve a área usucapida situar-se em zona urbana. O critério é por localização e não por destinação da área, descabendo usucapião sobre imóvel situado na zona rural, mas com finalidade urbana. A área de superfície máxima do terreno é de 250 m2." (in* Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 7ª ed. Ed. Manole, ano 2013, p. 1219)

Logo, para caracterização da usucapião especial urbana são necessários: posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo prazo de 5 (cinco) anos; imóvel urbano de até 250m2; utilização como moradia pessoal ou da família, e também que o possuidor não seja proprietário de um outro imóvel urbano ou rural.

No caso analisado, ao contrário do afirmado pelo apelante, verifico que a autora detém há pelo menos 05 (cinco) anos a posse mansa, pacífica, e ininterrupta do imóvel determinado pelo lote de terreno nº 23, da quadra nº 12, do loteamento denominado Conjunto Residencial Novo Paraná, nesta Cidade, com área de 250,00m2, utilizando-o como moradia de sua família.

Realmente, em depoimento pessoal a autora informou em juízo que, no mês de junho de 2003, adquiriu o imóvel usucapiendo da pessoa de Paulo Cezar Gonçalves, e desde aquela data reside com sua família no local, tendo inclusive implementado benfeitorias, como realização de calçada e construção de uma edícula (f. 179)

Tal depoimento foi corroborado pela testemunha Julia de Melo Cordoba, a qual afirmou em juízo que conhece a autora há cerca de dez anos, quando ela passou a residir no Conjunto Nova Paraná; que as casas desse Conjunto são financiadas, e normalmente as pessoas vendem os direitos desses imóveis; afirmou que a autora nunca foi molestada na sua posse; que ela reside em companhia do esposo e do filho; antes dela residir lá o local era uma "boca de fumo" (f. 179).

De igual modo, constato que a autora fez juntar aos autos duas declarações, emitidas em 05/10/2009, nas quais as pessoas de Jacira dos Santos e Edna dos Santos Lemos, afirmam que são vizinhas da autora e que ela reside na Rua Jesuíta, nº 137, no Bairro Novo Paraná, nesta Cidade, há mais de cinco anos (f. 23/25).

Ademais, embora a autora tenha juntado aos autos faturas de energia elétrica apenas do ano de 2006 (f. 17), tal fato não descaracteriza o lapso temporal para a prescrição aquisitiva, como pretende a apelante (f. 205), justamente porque as demais provas confirmam a tese de que antes daquele ano a autora já residia no imóvel usucapiendo. Além disso, como bem destacou a Procuradora de Justiça, as pessoas não têm costume de guardar faturas por prazo superior a cinco anos (f. 228)

Assim, a prova carreada aos autos é suficiente para comprovar a posse da autora pelo prazo ininterrupto de 5 (cinco) anos.

A apelante também afirma que a posse da autora não foi pacífica, pois no ano de 2002 ingressou com Ação de Notificação visando o recebimento das parcelas do financiamento do imóvel. Todavia, o que se extrai dos autos, a requerida/apelante manejou a prefalada ação em face da compradora originária do imóvel, Dorizete de Jesus (f. 128) e, mesmo tendo tomado conhecimento de que ela não mais residia no local (f. 132), nenhuma medida intentou em face do possuidor à época, tampouco em face da autora.

É possível verificar que, por ocasião da propositura da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse, ou seja, em outubro 2004 (f. 136-140), a autora já estava na posse do imóvel, contudo, a requerida/apelada não comprovou nestes autos ter feito qualquer oposição à posse por ela exercida, ônus que lhe competia, a teor do disposto no art. 333, II, do CPC. Aliás, a resistência foi feita apenas em face da antiga proprietária, Dorizete de Jesus, a qual inclusive foi citada por edital, conforme se vê às f. 136-141, não sendo o bastante para interromper o fluxo da prescrição aquisitiva pretendido nesta demanda.

Assim, conforme bem fundamentado pelo magistrado *a quo* "*não merece prosperar a tese de que as demandas judiciais propostas anteriormente pela requerida contra a sra. Donizete de Jesus (antiga proprietária do imóvel) configuram a oposição da posse exercida pela autora, uma vez que tais providências foram intentadas contra terceiro que não a autora, quem de fato detinha a posse do bem*." (f. 198)

Nesse sentido:

> *AÇÃO REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. RUPTURA DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA PELA PROPOSITURA DE AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. POSSUIDORA QUE NÃO INTEGROU O PÓLO PASSIVO DA LIDE NA QUAL A ARREMATAÇÃO FOI INVALIDADA. POSSE AD USUCAPIONEM SOBRE O IMÓVEL REIVINDICADO PELO PRAZO EXIGIDO À CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA SEGUNDO O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.242 DO ESTATUTO CIVIL DEMONSTRADA. USUCAPIÃO TABULAR CONSOLIDADA. APELO DESPROVIDO. 1. Não desqualifica a posse como inconteste a existência de ação*

> *anulatória de arrematação, na qual se disputa a propriedade,* ***se dela não participou a demandada,*** *o mesmo ocorrendo em relação à averbação do desfecho da aludida ação no registro imobiliário, porquanto consectário lógico da própria anulação.* ***Em outras palavras, a oposição com força o suficiente para interromper o fluxo da prescrição consumativa, há de ser destinada diretamente ao possuidor, dando-lhe ciência que contra a sua posse insurge-se terceiro.*** *2. A usucapião tabular, prevista no art. 1.242, parágrafo único, do Digesto Civil, foi introduzida no atual sistema jurídico brasileiro para sanar os vícios existentes na transmissão de um imóvel, a título oneroso, quando nítida a boa-fé do adquirente, empregando segurança jurídica às situações consolidadas no tempo e privilegiando a função socioeconômica da propriedade, o propósito ao qual ela serve, ou seja, consagrando a ocupação prolongada destinada ao trabalho (posse-trabalho) ou à moradia (posse-moradia). 3. Demonstrados os requisitos exigidos pelo art. 1.242, parágrafo único, da Codificação Civil, consolida-se em favor da demandada a prescrição aquisitiva, do que resta improcedente a pretensão reivindicatória aforada pelos autores.* (TJ-SC , Relator: Trindade dos Santos, Data de Julgamento: 19/09/2012, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado) (grifei)

Oportuno destacar também o parecer da Procuradoria de Justiça:

> *"(...) Infere-se dos autos que a apelada comprovou o exercício de posse mansa e pacífica, de forma ininterrupta, por mais de 5 (cinco) anos, sobre o imóvel relatado na exordial, utilizando-o para sua moradia, além de não ser proprietária de outro imóvel.*
>
> *(...) O fato de a apelada ter colacionado ao caderno processual contas de água e energia relativas ao ano de 2006 não são capazes de afastar, por si só, o teor do testemunho supratranscrito, no sentido de que a posse iniciou-se no ano de 2003, uma vez que, como é de sabença popular, dificilmente algum cidadão brasileiro guarda conta de serviço público por prazo superior a 5 (cinco) anos.*
>
> *Lado outro, a posse da apelada, diferentemente do alegado nas razões recursais, deve ser qualificada como mansa e pacífica. Isso porque a propositura da "Ação de Rescisão Contratual, c/c Reintegração de Posse", registrada sob nº 001.04.118595-2, não se qualifica como oposição, haja vista ter sido ajuizada contra a Sra. Dorizete de Jesus, antiga proprietária do imóvel, como se denota da leitura das fls. 141144".*

Destarte, estando demonstrado nos autos que a posse da autora subsume à regra disposta no art. 1.240 do Código Civil, é de rigor o desprovimento do recurso, com a manutenção da sentença objurgada.

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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1404593-58.2015.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – RESOLUÇÃO DE CONTRATO – ALIENAÇÃO DO PONTO DE COMÉRCIO – BEM INCORPÓREO – AVALIAÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA ATRAVÉS DE PERÍCIA JUDICIAL PARA ADEQUADO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O estabelecimento comercial ou fundo de comércio é composto pelo conjunto de bens corpóreos ou materiais (equipamento, etc) e incorpóreos ou imateriais (ponto comercial, etc), que o empresário utiliza no exercício de sua atividade.

Para se obter o valor do ponto comercial para o exercício do direito de preferência, precisa-se avaliar a localização do imóvel e as vantagens que o local proporciona ao empresário, tendo em vista o maior ou menor número de transações que o ponto disponibiliza, bem como os demais elementos que devem ser levados em consideração para aferir o real valor do ponto comercial.

Considerando que tais vertentes não foram atendidas na avaliação unilateralmente produzida nos autos, impõe-se que o valor do ponto comercial seja apurado por meio de perícia judicial elaborada por empresa especializada e de confiança do juízo.

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, 16 de junho de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Master MS Arabiean Participações e Empreendimentos Ltda. interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de ação ordinária movida por Luiz Carlos da Silva, Diogo Felipe Silva, Thiago Felipe Silva e Julio de Castilho Point Com Ali Ltda., que considerou o valor apresentado pelos agravados para a venda do ponto comercial.

Alegam que os agravados trouxeram aos autos principais um laudo produzido unilateralmente, apresentando o valor de venda do bem objeto de discussão, deixando de discriminar o preço do ponto comercial.

Esclarecem que o direito de preferência previsto contratualmente refere-se ao ponto comercial, e não ao imóvel em si.

Ponderam que a apresentação do valor na forma feita pelos agravados compromete o exercício do direito de preferência, *"já que o preço proposto considera que haveria a venda do imóvel que sequer é de propriedade dos Agravados"*.

Sustentam que *"cabe aos Agravados providenciar laudo referente ao valor do ponto comercial, indicando, como é de se esperar em documento desta natureza, forma de composição do valor e método aplicado, além da forma de pagamento"*.

Requerem o provimento do recurso, *"a fim reformar a r. decisão agravada e intimar os Agravados a apresentarem o valor referente ao ponto comercial (bem incorpóreo), com base em laudo preparado por profissional competente, a fim de que a Agravante possa analisar a conveniência do exercício do seu direito de preferência"*.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f.1395/1397).

Informações prestadas à f.1401.

Em contraminuta, os agravados manifestam-se pelo desprovimento do recurso (f.1402/1407).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Master MS Arabiean Participações e Empreendimentos Ltda. em face da decisão prolatada pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de ação ordinária movida por Luiz Carlos da Silva, Diogo Felipe Silva, Thiago Felipe Silva e Julio de Castilho Point Com Ali Ltda., que considerou o valor apresentado pelos agravados para a venda do ponto comercial.

Segundo consta dos autos, os agravados ajuizaram ação ordinária objetivando a rescisão do "Contrato de Franquia Unitária Restaurante Habib' s CF11440/12 (loja Júlio de Castilho)" e o pagamento de indenização à título de danos matérias e morais (f.13/83). Ainda, pleitearam autorização para alienação do ponto comercial do imóvel avaliado em R$ 396.266,69 (trezentos e noventa seis mil, duzentos e sessenta seis reais e sessenta nove centavos), com a intimação do agravante para exercer o direito de preferência (f.1325/1337). Vale destacar que o imóvel é objeto de contrato de locação entre os agravados e Gilson Luiz de Aquino Gonçalves para a construção da unidade da franquia "Habibs" (f.1101/113)

Determinada a intimação pelo juízo *a quo* (f.1349), o agravante se insurgiu acerca do laudo produzido pelos agravados (f.1368/1369), sendo por eles prestado esclarecimentos às f.1370/1371.

A magistrada singular considerou os valores apresentados adequadamente discriminados e determinou novamente a intimação do agravante.

Eis o teor da decisão objeto do presente agravo:

> *"Inicialmente, cumpre delinear alguns conceitos:*
>
> *Fundo de comércio é composto de um conjunto de bens corpóreos ou incorpóreos que facilitam o exercício da atividade mercantil. O estabelecimento comercial compõe-se*

de elementos corpóreos e incorpóreos, que o empresário comercial une para o exercício de sua atividade. Na categoria dos bens, por outro lado, é classificado como bem móvel. Não é consumível nem fungível, apesar da fungibilidade de muitos elementos que o integram. Sendo objeto de direito constitui propriedade do empresário que é seu dono, sujeito de direito (Art. 1.142 do Código Civil/202).

Os bens corpóreos e incorpóreos conjugados no Fundo de Comércio não perdem cada um deles sua individualidade singular; embora unidos integrem um novo bem, cada um mantém sua categoria jurídica própria.

A natureza do Fundo de Comércio é amplamente aceita como a de um ativo intangível que confere à empresa um potencial de geração de resultados acima do normal ou da média. Esse potencial está em atitudes que podem vir do mercado (condições monopolísticas), dos clientes (fidelidade acima do normal), da administração (capacidade gerencial, acima da média), de condições geográficas (localização privilegiada), enfim, do ambiente externo em que se insere a empresa e de suas características próprias e ambiente interno, sendo possível afirmar-se que elas direcionam à empresa resultados econômicos que de outra forma não existiriam.

Já o ponto comercial é o local onde está estabelecido o comerciante, ou onde realiza habitualmente sua prática comercial. Para o Direito Empresarial brasileiro, é um direito incorpóreo que compõe o estabelecimento comercial, considerando que a localização é um dos fatores que determina o viamento da empresa.

Feita estas premissas, conclui-se que o ponto comercial é abrangido pelo fundo de comércio, no qual o réu parece ter interesse, do que se depreende da manifestação de f. 12488, onde o mesmo diz que foi garantido seu direito de preferência "na aquisição do ponto comercial, para seu uso próprio ou para outro franqueado interessado, bem como de todas as instalações nele contidas, visando a garantir que o ponto comercial permaneça na Rede de Franquia Habib's".

***Assim, considerando que os autores trouxeram devidamente discriminados às f. 12516-12521 qual o valor da venda, e tendo em vista os esclarecimentos prestados por eles às f.12561-12562, conforme solicitado pelo réu às f.1259-12560, intime-se o réu, novamente, para manifestação no prazo de 05 dias quanto a seu interesse no exercício do direito de preferência previsto na cláusula 15.3 (f.92) do contrato de franquia pactuado**.*

Decorridos estes, com ou sem manifestação certificado nos autos, conclusos para decisão acerca do pedido dos autores de f.12475"- destaquei (f.1372/1373).

Inconformado, Máster MS Arabian participações e Empreendimentos Ltda. recorre a este Tribunal de Justiça, alegando que os agravados trouxeram aos autos principais um laudo produzido unilateralmente, apresentando o valor de venda do bem objeto de discussão, deixando de discriminar o preço do ponto comercial, comprometendo com isso o exercício do direito de preferência. Ao final, requerem a reformar da decisão agravada para que os agravados apresentem laudo que indique o valor do ponto comercial, a fim de analisar a conveniência do exercício do direito de preferência.

Como se sabe, o fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o conjunto de bens, materiais e imateriais, que o empresário utiliza no exercício da sua atividade.

Dispõe o art. 1.142 que *"considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária"*.

A propósito, confira-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> *"FALÊNCIA. AÇÃO REVOCATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL DENTRO DO TERMO LEGAL DA FALÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. PRAZO DECADENCIAL. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ALIENAÇÃO DE BENS INCORPÓREOS. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO À MASSA. 1. Inadmissível recurso especial com o simples propósito de reexame de material probatório, tendo o Tribunal local aferido a legitimidade passiva a partir dos contratos anexados aos autos, afirmando também que a alienação impugnada ocorreu dentro do período suspeito. Incidência das Súmulas 5 e 7. 2. O prazo decadencial de um ano (art. 56) para o ajuizamento da ação revocatória, em regra, começa a correr a partir da efetiva publicação do aviso a que alude o art. 114 da Lei de Falência. 3.* ***O "estabelecimento comercial" é composto por patrimônio material e imaterial, constituindo exemplos do primeiro os bens corpóreos essenciais à exploração comercial, como mobiliários, utensílios e automóveis, e, do segundo, os bens e direitos industriais, como patente, nome empresarial, marca registrada, desenho industrial e o ponto****. 4. Assim, a alienação dos direitos de exploração de posto de combustível equivale à venda do ponto comercial, elemento essencial e constitutivo do estabelecimento, transação que, sem a autorização dos credores da alienante, rende ensejo à declaração de ineficácia em relação à massa falida (art. 52, inciso VIII). 5. Recursos especiais conhecidos e improvidos" - destaquei.* (REsp 633.179/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011)

Logo, compõe-se o estabelecimento comercial de elementos corpóreos (equipamentos, máquinas, etc) e incorpóreos (nome empresarial, ponto comercial, marca, etc), que o empresário une para o exercício da atividade empresarial.

Fran Martins, ao tratar do ponto comercial, leciona que:

> *"Colimando o exercício das atividades profissionais, alguns empresários têm necessidade de um local adequado, no qual sejam expostas as suas mercadorias e que lhes possibilite fácil contato com o público. A esse local se chama de ponto comercial, também conhecido por casa de comércio ou estabelecimento comercial (...) Depende do gênero de negócio explorado a importância maior ou menor do ponto comercial (...) A generalidade dependerá do tipo de negócio; grande importância pode haver onde estará situado o estabelecimento, trazendo vantagens para o empresário. Por tal linha de pensar, assume valor patrimonial destacado pela localização, fazendo com que, no acervo do empresário, figure como um dos elementos mais valiosos. Muitas vezes a quantidade e a qualidade das mercadorias expostas ficam superadas diante das vantagens oferecidas. Um bom ponto dá ao empresário a possibilidade de realizar maior número de transações, e, consequentemente, de auferir lucro acentuado"* (Curso de Direito Comercial, 35ª ed., Editora Forense, p. 352/353)

Rubens Requião ensina que:

> *"(...) Entendemos por ponto o lugar do comércio, em determinado espaço, em uma cidade, por exemplo, ou na beira de uma estrada, em que está situado o estabelecimento comercial, e para o qual se dirige a clientela. O ponto, portanto, surge ou da localização da propriedade imóvel do empresário, acrescendo-lhe o valor, ou do contrato de locação do imóvel pertencente a terceiro. Nesse caso, o ponto se destaca nitidamente da propriedade, pois pertence ao empresário locatário, e constitui um bem incorpóreo do estabelecimento (...)" – destaquei (*Curso de Direito Comercial – vol. 1, 30ª ed., Editora Saraiva, p. 341)

No caso, verifica-se que o laudo elaborado unilateralmente pelos agravados não avaliou o ponto de comércio, mas o imóvel com a construção existente, levando em consideração o valor do metro quadrado

em imóveis equiparados ao avaliado, comparando a localização, o acabamento e a manutenção, o que se distancia do que se entende por ponto de comércio, conceitualmente acima explanado.

Colhe-se os parâmetros utilizados no laudo:

> *"Imóvel avaliando*
>
> *Imóvel novo com excelente acabamento na principal avenida do bairro.*
>
> *Área: 400m²*
>
> *Método empregado:*
>
> *Para a avaliação do imóvel foi utilizado o método comparativo direto com homogeneização por fatores, conforme descrito na Norma Brasileira NBR-14653. Por este método, o imóvel avaliando é avaliado por comparação com imóveis de características semelhantes, cujos respectivos valores unitários (por m²) são ajustados com fatores que tornam a amostra homogênea.*
>
> *O saneamento dos valores amostrais foi feito utilizando-se o Critério Excludente de Chauvenet e o tratamento estatístico fundamentou-se na Teoria Estatística das Pequenas Amostras (n<30) com a distribuição 't' de Student com confiança de 80%, consoante com a Norma Brasileira.*
>
> *A amostra desta avaliação foi tratada com os seguintes fatores:*
>
> *F1: Esquina*
>
> *F2: Acabamento*
>
> *F3: Manutenção*
>
> ***Imóveis amostrados para comparação:***
>
> ***Imóvel 1:***
>
> *Imovel em um grande centro comercial.*
>
> *Área: 300m²*
>
> *Valor: R$400.000,00*
>
> *Valor por metro quadrado: R$1.333,33*
>
> *Fator de homogeneização Esquina: 1,20*
>
> *Fator de homogeneização Acabamento: 1,00*
>
> *Fator de homogeneização Manutenção: 1,00*
>
> ***Imóvel 2:***
>
> *Imóvel na região central com excelente manutenção.*
>
> *Área: 400m²*
>
> *Valor: R$350.000,00*

Valor por metro quadrado: R$875,00

Fator de homogeneização Esquina: 1,10

Fator de homogeneização Acabamento: 0,90

Fator de homogeneização Manutenção: 0,70

Imóvel 3:

Imóvel reformado, impecável.

Área: 320m²

Valor: R$350.000,00

Valor por metro quadrado: R$1.093,75

Fator de homogeneização Esquina: 0,70

Fator de homogeneização Acabamento: 1,00

Fator de homogeneização Manutenção: 1,00

(...)

Tomada de decisão sobre o valor unitário do imóvel avaliando:

Obs.: O perito tem liberdade para determinar o valor unitário dentro do campo de arbítrio.

Como não há valores dentro do campo de arbítrio, sugerimos utilizar a média das amostras como valor unitário.

Valor unitário do imóvel avaliando: R$990,67

Resultado final:

*Valor final = Valor unitário * área*

*Valor final = R$990,67 * 400,00 = R$396.266,69*

Valor do imóvel avaliando: R$396.266,69" - destaquei (f.1331/1333)

Pela simples leitura, portanto, é possível concluir que não houve a avaliação do ponto comercial, sopesando a localização e as vantagens que o local proporciona ao empresário, tendo em vista o maior ou menor número de transações que o ponto proporciona, bem como os demais elementos que devem ser levado em consideração para aferir o real valor do ponto comercial.

Aliás, o valor correto do ponto comercial é de vital importância para que o agravante verifique a viabilidade do exercício do direito de preferência.

Destarte, a reforma da decisão agravada é medida que se impõe, para que o valor do ponto comercial seja apurado através de perícia judicial elaborada por empresa especializada no assunto e de confiança do juízo.

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento para determinar que o valor do ponto comercial em discussão seja apurado através de perícia judicial elaborada por empresa especializada no assunto e de confiança do juízo.

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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000331-86.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – GARANTIA – NECESSIDADE – LEGISLAÇÃO ESPECIAL – LEI 6.830/80 – EXIGÊNCIA DO ARTIGO 16, § 1º - SOBREPOSIÇÃO SOBRE A LEI GERAL – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

A Lei 6.830/80 é norma especial em relação ao Código de Processo Civil e, portanto, considerando as regras de interpretação das normas, em caso de conflito entre elas, prevalece o disposto no texto especial. Tanto que no artigo 1º da LEF há previsão de que será admitida a aplicação do CPC subsidiariamente na execução fiscal.

O artigo 16 §1º da Lei 6.830/80 exige garantia na execução como condição de procedibilidade para recebimento dos embargos à execução fiscal.

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, 14 de abril de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Wilson Macedo dos Santos contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara Execução Fiscal da Comarca de Campo grande, nos autos da ação de embargos á execução movida em face Município de Campo Grande.

Em síntese, alega que: I) não foi observado a questão da prescrição; II) os embargos do devedor proposto prematuramente antes de seguro o juízo, não devem ser extintos, mas o seu processamento deve ser postergado para o momento em que regularizada a garantia, em prestígio ao princípio do aproveitamento dos atos processuais.

Não houve contrarazões, diante da ausência de citação.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Wilson Macedo dos Santos contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara Execução Fiscal da Comarca de Campo grande, nos autos da ação de embargos á execução movida em face do Município de Campo Grande.

Em síntese, alega que: I) não foi observada a questão da prescrição; II) os embargos do devedor propostos prematuramente antes de seguro o juízo, não devem ser extintos, mas o seu processamento deve ser postergado para o momento em que regularizada a garantia, em prestígio ao princípio do aproveitamento dos atos processuais.

Há no entendimento doutrinário de que o artigo 16, § 1º, da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80) não mais deve ser aplicado em decorrência das mudanças inseridas pela Lei 11.382/2006 que modificou o procedimento da execução no Código de Processo Civil.

Essa corrente se sustenta na premissa de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos, conforme texto constitucional do artigo 5º XXXV, além do enunciado vinculante aprovado pelo Supremo Tribunal Federal de número 28 que estabelece ser "*inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário*".

Os defensores dessa tese esclarecem que admitida a inconstitucionalidade de depósito prévio como condição para a propositura de medida judicial, não poderia haver distinção nos embargos à execução fiscal.

Leonardo José Carneiro Cunha explica que "essa peculiaridade do § 1º do artigo 16 da LEF não decorre da primazia do interesse público, mas sim de reprodução na lei, de regra anteriormente aplicável a qualquer execução" (*in* A Fazenda Pública em Juízo; 8ª Edição; Dialética, 2010, página 409).

Em contraposição, a corrente diversa, apóia-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em seus julgados, adota o posicionamento de que as alterações do Código de Processo Civil provenientes da Lei 11.382/06 não são capazes de modificar lei especial sobre o assunto execução fiscal.

Como argumento principal, ressaltam, nos termos alhures sinteticamente explanados, que a Lei 6.830/80 é norma especial em relação ao Código de Processo Civil e portanto, considerando as regras de interpretação das normas, em caso de conflito entre elas, prevalece o disposto no texto especial.

Tanto que no artigo 1º da LEF há previsão de que será admitida a aplicação do CPC subsidiariamente na execução fiscal.

Assim, aplica-se o CPC apenas quando a solução não puder ser extraída da norma especial.

Quanto ao artigo 16, § 1º, especificamente, elucida o Ministro Benedito Gonçalves no Recurso Especial 1.291.923, julgado em 01/12/2011, em importante excerto, *in verbis:*

> *"(...) as inovações preconizadas pela Lei 11.382/06 ao CPC criaram a figura dos embargos à execução sem garantia, motivo pelo qual foi retirado o efeito suspensivo antes concedido a esse meio de defesa. Apenas nas hipóteses em que são configurados os requisitos específicos criados pela mesma lei é que o julgador pode conferir o indigitado efeito aos embargos. Na LEF, por outro lado, não existe a figura dos embargos sem garantia, que é sempre exigida para que o contribuinte exerça seu direito de defesa. Daí se observa a fundamental diversidade entre os regimes, que não permite a aplicação do disposto no art. 739-A e § 1º do CPC aos embargos à execução fiscal, porquanto estes, ao contrário daqueles disciplinados pelo CPC, dependem necessariamente da prévia garantia do juízo, que deve ser realizada em conformidade com as regras e a ordem preconizadas nos artigos 9º e 11 da LEF (...)"*

O acórdão restou assim ementado:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 739-A DO CPC. NORMA DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À LEI 6.830/80. INTELIGÊNCIA DE SEU ART. 1º INTERPRETADO EM CONJUNTO COM OS ARTIGOS 18, 19, 24 E 32 DA LEF E 151, DO CTN.1. Controvérsia que abrange a discussão sobre a aplicabilidade do art. 739-A e § 1º, do CPC, alterados pela Lei 11.382/06, às execuções fiscais. 2. A Lei 6.830/80 é norma especial em relação ao Código de Processo Civil, de sorte que, em conformidade com as regras gerais de interpretação, havendo qualquer conflito ou antinomia entre ambas, prevalece a norma especial. Justamente em razão da especialidade de uma norma (LEF) em relação à outra (CPC), é que aquela dispõe expressamente, em seu artigo 1º, que admitirá a aplicação desta apenas de forma subsidiária aos procedimentos executivos fiscais, de sorte que as regras do Código de Processo Civil serão utilizadas nas execuções fiscais apenas nas hipóteses em que a solução não possa decorrer da interpretação e aplicação da norma especial. 3. O regime da lei de execução fiscal difere da execução de títulos extrajudiciais, pois regula o procedimento executivo de débitos inscritos na dívida ativa, ou seja, constantes de títulos constituídos de forma unilateral. 4. A interpretação dos artigos 18, 19, 24, inciso I, e 32, § 2º, da LEF leva à conclusão de que o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal decorre da sua apresentação. Isso porque tais dispositivos legais prevêm a realização de procedimentos tendentes à satisfação do crédito (manifestação sobre a garantia, remissão, pagamento, adjudicação, conversão de depósito em renda) apenas após o julgamento dos embargos ou nas hipóteses em que estes não sejam oferecidos, evidenciando a suspensão do prosseguimento da execução até o julgamento final dos embargos. 5. Ainda a evidenciar o regime diferenciado da execução fiscal e o efeito suspensivo inerente aos embargos que se lhe opõem, está o § 1º do artigo 16 da Lei 6.830/80, segundo o qual "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução", o que denota a incompatibilidade com as inovações do CPC quanto ao efeito suspensivo dos embargos à execução.6. Recurso especial provido."*

Não é discrepante o voto do e. Ministro Teori Albino Zavascki no Recurso Especial 1.178.883, julgado em 20/10/2011, a saber:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EFEITO SUSPENSIVO A EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 739-A DO CPC. 1. O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos de devedor, como regra, o efeito suspensivo, não é aplicável às execuções fiscais. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente, o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei 6.380/80 e art. 53, § 4º da Lei 8.212/91). E, em segundo lugar, porque, a mesma Lei 11.362/06 - que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático) -, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos a exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, "que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes". Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da execução fiscal, persiste a norma segundo a qual "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução" por depósito, fiança ou penhora (art. 16, § 1º da Lei 6.830/80). 2. Recurso especial improvido.*

Exposto este contexto, filio-me à segunda corrente, diante da interpretação da legislação especial (Lei 6.830/80) em detrimento da lei genérica (Código de Processo Civil), aplicável nas execuções fiscais (princípio da especialidade). Vejamos o texto pertinente ao caso dos autos:

> *"Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:*
>
> *(...)*

> *III - da intimação da penhora.*
>
> *§1º - não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução (...).”(LEF)*
>
> *Não obstante os julgados do Superior Tribunal de Justiça anteriormente colacionados, trago à baila voto proferido pelo e. Ministro Herman Benjamin publicado no diário de justiça de 16 de março de 2011, para dirimir qualquer conclusão diversa remanescente:*
>
> *“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF SOBRE O CPC. 1. Dispõe o art. 16 da Lei de Execução Fiscal que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”. 2. A efetivação da garantia da execução configura pressuposto necessário ao processamento dos Embargos à Execução, em se tratando de Execução Fiscal, objeto da Lei 6.830/1980. 3. Embora o art. 736 do Código de Processo Civil - que condicionava a admissibilidade dos Embargos do Devedor à prévia segurança do juízo - tenha sido revogado pela Lei 11.382/2006, os efeitos dessa alteração não se estendem aos executivos fiscais, tendo em vista que, em decorrência do princípio da especialidade, deve a lei especial sobrepor-se à geral. Precedente do STJ. 4. Recurso Especial não provido”.* (REsp 1.225.743)

Essas circunstâncias revelam que a sentença de primeiro grau deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Assim, não há que falar que a sentença foi omissa ao não analisar a questão da prescrição, já que para análise dos temas dos embargos do devedor necessita de garantir o juízo.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 14 de abril de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0140119-57.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 375 DO STJ – REQUISITOS ALTERNATIVOS – ÔNUS DE COMPROVAÇÃO DO CREDOR-EXEQUENTE – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA NA MATRÍCULA DO BEM – IRRELEVÂNCIA – MÁ-FÉ – OCORRÊNCIA – FRAUDE VERIFICADA – IMÓVEL SUJEITO À CONSTRIÇÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

1. Nos termos do Enunciado de Súmula n.º 375 do STJ, para que se reconheça a fraude à execução é necessário que duas circunstâncias sejam analisadas pelo magistrado no caso concreto: i) o registro da penhora do bem alienado; ou, ii) prova da má-fé do terceiro adquirente.

2. Tais requisitos são alternativos, de modo que verificada a ausência de um deles, remanesce o interesse em se analisar a presença do segundo pressuposto, pois cada um por si só é elemento suficiente para configurar a fraude à execução.

3. A falta de registro da constrição sobre o bem alienado acarreta a presunção de que o terceiro adquirente o fez de boa-fé, salvo se demonstrado o contrário, ônus que incumbe ao credor-exequente.

4. Apurada a ausência de boa-fé na aquisição de imóvel que se deveria saber litigioso, sobressai evidente a fraude perpetrada pelo adquirente, devendo o respectivo bem, por consequência, ficar sujeito ao procedimento expropriatório.

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, 31 de março de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por 5 T Administradora de Bens Próprios Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da embargos de terceiro, opostos contra Miguel Angel Moro, Juliano de Azevedo Moro, Renato Chagas Corrêa da Silva, Luiz Antônio Pinheiro Lacerda Filho, Luiz Guilherme Pinheiro de Lacerda e Luiz Augusto Pinheiro de Lacerda, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega o recorrente, em síntese, que: 1) todas as negociações envolvendo o imóvel objeto do litígio foram realizadas mediante escritura pública, em estrita observância à legislação vigente, não havendo nenhum indicativo de ter havido fraude por parte dos adquirentes; 2) ao contrário do que entendido pelo julgador, a prova testemunhal produzida em juízo não corroborou a ocorrência de fraude à execução, mas, ao contrário, a lisura das alienações formalizadas; 3) a boa-fé deve ser presumida em todos os negócios jurídicos, se sobrepondo à má-fé, que depende de comprovação e; 4) à época das vendas não havia nenhum registro de penhora na matrícula do bem.

Com base em tais fundamentos, pede a reforma da sentença recorrida.

Sem contrarrazões (f.365).

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por 5 T Administradora de Bens Próprios Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da embargos de terceiro, opostos contra Miguel Angel Moro, Juliano de Azevedo Moro, Renato Chagas Corrêa da Silva, Luiz Antônio Pinheiro Lacerda Filho, Luiz Guilherme Pinheiro de Lacerda e Luiz Augusto Pinheiro de Lacerda, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega o recorrente, em síntese, que: 1) todas as negociações envolvendo o imóvel objeto do litígio foram realizadas mediante escritura pública, em estrita observância à legislação vigente, não havendo nenhum indicativo de ter havido fraude por parte dos adquirentes; 2) ao contrário do que entendido pelo julgador, a prova testemunhal produzida em juízo não corroborou a ocorrência de fraude à execução, mas, ao contrário, a lisura das alienações formalizadas; 3) a boa-fé deve ser presumida em todos os negócios jurídicos, se sobrepondo à má-fé, que depende de comprovação e; 4) à época das vendas não havia nenhum registro de penhora na matrícula do bem.

A matéria devolvida à apreciação deste Órgão Colegiado não é nova na jurisprudência pátria, encontrando-se pacificada no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, onde, inclusive, fora editado o Enunciado de Súmula n.º 375, que assim prevê *"in verbis"*:

> *"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".*

Como logo se percebe, para que se reconheça a fraude à execução é necessário que duas circunstâncias sejam analisadas pelo magistrado no caso concreto: i) o registro da penhora do bem alienado; ou, ii) prova da má-fé do terceiro adquirente.

Tais requisitos, ainda de acordo com a jurisprudência do Tribunal Cidadão, são alternativos, de modo que verificada a ausência de um deles, remanesce o interesse em se analisar a presença do segundo pressuposto, pois cada um por si só é elemento suficiente para configurar a fraude à execução.

Corroborando:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIROS (...) "verificada a inexistência de registro da penhora, foi afastada a presunção de fraude, remanescendo, contudo, o interesse da ora embargada à análise da existência ou não de má-fé do adquirente, porquanto são requisitos alternativos, ou seja,*

cada um por si só é elemento suficiente para configurar a fraude à execução." (...)" (STJ – AgRg no AREsp 578.400/SP. Rel. Min.: Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julg.: 03/02/2015)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FRAUDE À EXECUÇÃO (...) 1. A caracterização da fraude à execução, nos termos da Súmula 375 do STJ, depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. 2. Verificada a inexistência de registro da penhora, foi afastada a presunção de fraude, remanescendo, contudo, o interesse da ora embargada à análise da existência ou não de má-fé do adquirente, porquanto são requisitos alternativos, ou seja, cada um por si só é elemento suficiente para configurar a fraude à execução (...)". (STJ – AgRg no AgRg no REsp 1182882/RS. Rel. Min.: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julg.: 16/10/2012)

Na hipótese vertente, restou incontroverso nos autos (e por isso, independe de prova – art. 334, III, do CPC) que a penhora incidente sobre a fração ideal de 1,7819638182% do lote n.º 08, da quadra 36, do Loteamento denominado Jardim Veraneio, não fora levado à registro na matrícula do bem, afastando-se, assim, qualquer discussão nesse sentido.

Dessa forma, ausente o registro da penhora na matrícula do bem, resta, apenas, a análise acerca da boa-fé da recorrente, terceira adquirente do imóvel objeto da lide.

Antes, porém, deve ser destacado, novamente de acordo com a jurisprudência do STJ, que inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel (tal qual na hipótese), é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIROS. ART. 334, IV, DO CPC. FRAUDE À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA. COMPROVAÇÃO DA PENDÊNCIA DO PROCESSO OU DA EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE O CREDOR-EXEQUENTE (...) 2. Inexistente o registro da penhora, o ônus da prova de que o terceiro agiu de má-fé ou tinha ciência da pendência do processo recai sobre o credor-exequente. Precedentes (...)". (STJ – AgRg no AREsp 556.189/PR. Rel. Min.: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julg.: 16/10/2014)

A questão, aliás, fora apreciada pelo Tribunal Superior no julgamento do REsp. 956.943/PR, realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), oportunidade em que se sufragou a seguinte orientação:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO (...) 1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: (...) 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ). 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC (...)". (STJ – REsp 956.943/PR. Rel. Min.: Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão Min.: João Otávio de Noronha. Corte Especial. Julg.: 20/08/2014)

Nesse cenário, sobressai evidente que a falta de registro da constrição sobre o bem alienado acarreta a presunção de que o terceiro adquirente o fez de boa-fé, salvo se demonstrado o contrário, ônus que incumbe ao credor-exequente.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. SÚMULA 375/STJ. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, à falta de registro da constrição que sofre o bem alienado, há presumir boa-fé do terceiro que o adquire, salvo se demonstrado o contrário. 2. "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé de terceiro adquirente" (Súmula 375 do STJ). 3. Agravo regimental não provido".* (STJ – AgRg no AREsp 541.935/PR. Rel. Min.: Raul Araújo. Quarta Turma. Julg.: 26/08/2014)

In casu, conforme se extrai do mosaico fático-probatório que permeia os autos, em 16 de maio de 2005 a recorrente adquiriu o imóvel objeto do litígio do Sr. Carlos Donizetti Costa Teodoro, que o havia adquirido da Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Ltda no dia 07 de agosto de 2002 que, por sua vez, o havia adquirido do Sr. Moacir Boza (executado nos autos principais) e sua esposa em 07 de maio de 2002.

Por tal, observa-se que, originariamente, o procedimento executivo do qual adveio a constrição ora combatida (0022929-88.1998.8.12.00010) tramitou como sendo ação de indenização por danos materiais e morais, na qual figurou como réu o Sr. Moacir Boza.

Na referida demanda, distribuída em 21 de agosto de 1998, foi proferida sentença condenando o Sr. Moacir Boza ao pagamento de indenizações, tendo o provimento jurisdicional condenatório transitado em julgado no dia 03 de dezembro de 2001 e o seu cumprimento, por consequência, se iniciado em 04 de fevereiro de 2002.

Portanto, no momento em que o Sr. Moacir Boza alienou o imóvel objeto do litígio à Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Ltda (07 de agosto de 2002), o procedimento executivo movido em seu desfavor e no qual o indigitado bem fora objeto de constrição, já havia se iniciado.

Tal circunstância indica o intento malicioso do executado que, como visto, procedeu à alienação do seu imóvel logo após ser condenado e quando já iniciado o processo executivo em seu desfavor.

A propósito, como bem obtemperou o juízo singular, cujos fundamentos devem ser adotados como razão de decidir (f.324/325):

> *"(...) No presente caso, é clara e manifesta a intenção fraudulenta do executado Moacir Boza, que promoveu a venda do imóvel logo após o trânsito em julgado da sentença condenatória e antes que fosse possível a averbação de qualquer pendência sobre a ação de execução no registro imobiliário (...)".*

Demais disso, é de bom de alvitre destacar que o Sr. Carlos Donizetti Costa Teodoro, representante legal da recorrente, participou de todos os negócios de transmissão da propriedade do famigerado imóvel, inclusive na primeira negociação realizada com a Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Ltda, sendo que desde o início tinha ele conhecimento sobre a existência do processo que, posteriormente, resultou na constrição do propalado bem, bem como sobre os indícios de insolvência do executado, Sr. Moacir Boza.

Contemple-se, a propósito, o teor do depoimento prestado em juízo pelo Sr. Carlos Donizetti Costa Teodoro:

> *"(...) que o declarante comprou o imóvel objeto da ação de embargos da empresa Enccon. Que a empresa Enccon havia comprado o imóvel de Moacir Boza. Que posteriormente o declarante, que havia comprado o imóvel como pessoa física, incorporou o imóvel para a empresa embargante (...) Que o declarante é um dos diretores da empresa Enccon. Que o declarante era condômino de outra unidade no empreendimento onde Moacir Boza tinha o imóvel referido na ação de embargos, que na época era a fração ideal de um terreno. Que Moacir Boza tornou-se inadimplente no condomínio, tendo a Enccon notificado ele para fazer o pagamento, o qual não o fez. Que passado algum tempo, a empresa Enccon comprou de Moacir Boza o imóvel. (...) que o declarante era e ainda é diretor administrativo da empresa Enccon, sendo ainda é um dos sócios da mesma (...)."*

Neste ponto, novamente se mostram esclarecedoras as conclusões lançadas pelo magistrado sentenciante, cabendo, de igual modo, adotá-las como fundamento decisório (f. 325):

> *"(...) Percebe-se, claramente, que o representante da embargante tinha certa proximidade com o executado Moacir Boza, pois eram condôminos do mesmo empreendimento. Além disso, quando houve a aquisição do bem pela Enccon, essa empresa sabia da existência da ação de indenização, e poderia presumir a potencial insolvência do executado, o qual se encontrava inadimplente com relação à taxa condominial, demonstrando uma personalidade voltada ao não cumprimento das obrigações patrimoniais (...)".*

Clarividente, nesse diapasão, que a alienação do imóvel objeto da lide feita pelo Sr. Moacir Boza à Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Ltda o fora em evidente má-fé, circunstância que, de igual modo, se estende ao recorrente, pois quando da sua aquisição de há muito já se encontrava tramitando o processo executivo em questão, sendo certo que era de sua responsabilidade o exame prévio sobre tais questões, sob pena de assumir os ônus inerentes à sua desídia, inclusive ser considerado terceiro de má-fé.

Ratificando tal conclusão:

> *"PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIROS COM VISTAS A EXCLUSÃO DE ATO DE PENHORA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS MENCIONADOS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211. RECURSO IMPROVIDO. 1.- Dos terceiros adquirentes exige-se o dever de cuidado, de tomar as cautelas mínimas para a segurança jurídica do negócio, em especial a verificação da inexistência de ônus judiciais capazes de invalidar a alienação. 2.- Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida. 3.- Agravo Regimental improvido".*(STJ – AgRg no AREsp 226.999/SP. Rel. Min.: Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julg.: 16/10/2012)

Dessa forma, apurada a ausência de boa-fé na aquisição do multicitado imóvel pela recorrente, deve a fração ideal de 1,7819638182% do lote n.º 08, da quadra 36, do Loteamento denominado Jardim Veraneio se sujeitar ao procedimento executivo, inclusive ser objeto de constrição.

Ex positis, conheço e nego provimento do recurso de apelação interposto por 5 T Administradora de Bens Próprios.

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, 31 de março de 2015.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1412851-91.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL – DECLARAÇÃO DE RENÚNCIA ABDICATIVA DA HERANÇA A FAVOR DO MONTE MOR – NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE TRANSMISSÃO (INTER VIVO – DOAÇÃO) – EXIGIBILIDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO *CAUSA MORTIS* – INEXISTE OPERAÇÃO DE TRANSMISSÃO DE BENS – ORDEM CONCEDIDA

Na renúncia abdicativa não se trata de transmissão por doação, pois o herdeiro nem chega a receber o acervo hereditário, fazendo apenas o ato de abstenção puro e simples da herança a favor do monte mor.

Inexiste obrigação tributária de recolhimento de imposto de doação por não haver o interesse do renunciante a favor de determinada pessoa. Também não incide prazo legal para concretizar o ato de renúncia abdicativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 22 de junho de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Walter Antônio Ferreira contra suposto ato coator praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que:

> *I – mostra-se ilegal a exigência da SEFAZ de que os herdeiros preencham o termo de doação sob a alegação de que o prazo de 30 dias para renúncia já se esgotou;*
>
> *II – a declaração de renúncia pode ser realizada no corpo da escritura pública do inventário extrajudicial, consoante determina o art. 1.806 do CC, inexistindo dispositivo legal impondo o prazo de 30 dias para tal.*

Postula a concessão da liminar para suspender *"o cancelamento da Guia ITCD sob o nº 11573/2014, bem como determinando que a autoridade coatora realize o processamento do ITCD se abstendo da exigência do recolhimento do imposto de doação sobre a renúncia dos herdeiros em favor do monte mor"*.

Por fim, pede a concessão do mandado de segurança para, em caráter definitivo, confirmar a liminar, bem como reconhecer os fatos, provas e pedidos realizados, com a suspensão do cancelamento da Guia ITCD nº 11573/2014, bem como seja determinado à autoridade coatora realizar o processamento do ITCD sobre o imposto "*causa mortis*" se abstendo da exigência do recolhimento do imposto de doação sobre a renúncia abdicativa dos herdeiros, sob pena de responder por crime de desobediência ou sofrer a imposição de outra sanção adequada.

O pedido liminar foi concedido (f. 71/75) e o Estado de Mato Grosso do Sul informou que em face da Decisão PGE/MS/PDIR/Nº587/2014, proferida em razão do PDIR/PGE/PITCD Nº 005/2014 está autorizado a não apresentar informações e defesa no presente processo (f. 80).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem e confirmação da medida liminar (f. 82/84).

VOTO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Walter Antônio Ferreira contra suposto ato coator praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que:

> *I – mostra-se ilegal a exigência da SEFAZ de que os herdeiros preencham o termo de doação sob a alegação de que o prazo de 30 dias para renúncia já se esgotou;*
>
> *II – a declaração de renúncia pode ser realizada no corpo da escritura pública do inventário extrajudicial, consoante determina o art. 1.806 do CC, inexistindo dispositivo legal impondo o prazo de 30 dias para tal.*

Postula a concessão da liminar para suspender *"o cancelamento da Guia ITCD sob o nº 11573/2014, bem como determinando que a autoridade coatora realize o processamento do ITCD se abstendo da exigência do recolhimento do imposto de doação sobre a renúncia dos herdeiros em favor do monte mor"*.

Por fim, pede a concessão do mandado de segurança para, em caráter definitivo, confirmar a liminar, bem como reconhecer os fatos, provas e pedidos realizados, com a suspensão do cancelamento da Guia ITCD nº 11573/2014, bem como seja determinado à autoridade coatora realizar o processamento do ITCD sobre o imposto "*causa mortis*" se abstendo da exigência do recolhimento do imposto de doação sobre a renúncia abdicativa dos herdeiros, sob pena de responder por crime de desobediência ou sofrer a imposição de outra sanção adequada.

O pedido liminar foi concedido (f. 71/75) e o Estado de Mato Grosso do Sul informou que em face da Decisão PGE/MS/PDIR/Nº 587/2014, proferida em razão do PDIR/PGE/PITCD Nº 005/2014 está autorizado a não apresentar informações e defesa no presente processo (f. 80).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem e confirmação da medida liminar (f. 82/84).

Conforme se extrai da exordial, o ato inquinado de ilegal reside no fato de a autoridade impetrada exigir o pagamento do recolhimento do imposto ITCMD *inter vivo*s (doação) para a renúncia dos herdeiros em favor do monte mor que recai sobre um imóvel, sob o fundamento de que o ato de renúncia só é válido se realizado por escrito no prazo de até 30 dias do óbito.

Como alegado pelo impetrante, Nazaré de Lima Ferreira faleceu em 11/03/2013, deixando apenas um imóvel na cidade de Naviraí-MS, em que os herdeiros e o viúvo optaram por realizar inventário extrajudicial perante o 2º Ofício de Notas do Município, sendo que o citado bem é utilizado como moradia pelo viúvo meeiro e o impetrante, visto que os herdeiros são em número de oito filhos, dos quais sete renunciaram seu direito à herança a favor do monte mor (renúncia abdicativa), podendo tal ato ser realizado na escritura pública do inventário.

O Imposto de Transmissão Causa Mortis ou Doação é espécie de tributo trazido no artigo 155, I, da CF que estabelece o seguinte:

> *"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;*
>
> *(...)"*

No Código Tributário Nacional, a modalidade tributária está assim prevista:

> *"Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:*
>
> *I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;*
>
> *II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;*
>
> *III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.*
>
> *Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários".*

Depreende-se, então, que o ITCMD tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis ou de direitos reais a eles relativos em decorrência do falecimento de seu titular (*causa mortis*) ou de doação gratuita.

O caso dos autos trata de renúncia abdicativa (a favor do monte mor), não compreendendo hipótese de transmissão já que parte dos herdeiros não pretendem renunciar a favor de determinada pessoa, não implicando modificação patrimonial de doação.

Por fim, o Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul elenca as hipóteses de incidência o ITCMD, senão vejamos:

> *"Art. 122. A incidência do ITCD alcança as seguintes mutações patrimoniais:*
>
> *I - sucessão legítima e testamentária, inclusive na instituição e substituição do objeto do fideicomisso;*
>
> *II - na cessão, renúncia ou desistência, em favor de pessoa determinada ou quando já praticado algum ato de aceitação de herança;*

> *III - doação, ainda que a título de adiantamento da legítima;*
>
> *IV - instituição de usufruto por ato não oneroso e sua extinção por falecimento do usufrutuário;*
>
> *V - na desigualdade de valores da partilha, como a decorrente de inventário, arrolamento, separação ou divórcio".*

Como cediço, a abertura da sucessão se opera no instante da morte do autor da herança, sendo oportuno o ensinamento de Euclides Benedito de Oliveira[1] acerca da questão:

> *Com a morte dá-se a abertura da sucessão. A partir desse momento transmitem-se o domínio e posse dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme dispõe o artigo 1.572 do Código Civil de 1916. O artigo 1.784 do novo Código Civil mantém o conteúdo da norma, mas não traz mais a expressão domínio e posse, falando apenas em herança, que por si só abrange o domínio e a posse: 'aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários'."*

Também nesse sentido, a lição de José da Silva Pacheco[2]:

> *Com relação à abertura da sucessão propriamente dita, destacam-se: a) a sua data, que coincide com a da morte em dia, hora, minuto e segundos, prevalecendo a lei, então vigente, e o valor dos bens nesse temp; b) o seu lugar.*
>
> *Relativamente à delação, em nosso sistema, ressalta-se que importa em transmissão de herança e não simplesmente no direito de suceder.*
>
> *O problema da simultaneidade desses três aspectos resolve-se, em nosso direito, pelo que se contém no art. 1.784 do novo Código Civil. No momento e no lugar da abertura da sucessão, transmite-se a herança aos herdeiros legítimos, a que se defere a sucessão legítima, na ordem da vocação hereditária, prevista no art. 1.829 do Código Civil, ou aos herdeiros testamentários.*
>
> *(...)*
>
> *Desde que se abre a sucessão, com a morte do de cujus, transmite-se a herança aos herdeiros. Objetivamente delação seria a possibilidade de aceitar a herança; subjetivamente, confunde-se com vocação hereditária legal ou a estabelecida no testamento.*

Sobre o instituto da renúncia abdicativa e se é caso de recolhimento de imposto de transmissão, convém ressaltar que esta espécie de renúncia não se trata de transmissão por doação, pois o herdeiro nem chega a receber o acervo hereditário, fazendo apenas a renúncia pura e simples da herança a favor do monte mor.

Outrossim, cabe esclarecer que renúncia é o ato unilateral e voluntário em que o interessado recusa expressamente a qualidade de herdeiro, e no caso dos autos, o impetrante informou que os demais herdeiros pretendem efetivar por meio da escritura pública de inventário extrajudicial.

Dessa forma, tal procedimento faz-se em relação à herança e não a determinada pessoa, acarretando a abstenção sem haver transmissão do patrimônio aos demais coherdeiros, reconhecendo-se apenas a exclusão dos renunciantes ao seus direitos hereditários.

---

1 **Inventários e Partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**/ Euclides Benedito de Oliveira, Sebastião Luiz Amorim. – 21. ed. rev. e atual., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008, p. 37.

2 **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93-94.

Nos termos do artigo 1.805, §2º do Código Civil:

> *Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais coherdeiros.*

Sobre o tema, colaciona-se a opinião doutrinária de Euclides Benedito de Oliveira:

> *Em caso de renúncia pura e simples da herança, também chamada de renúncia própria ou abdicativa, não é devido o imposto de transmissão causa mortis relativamente ai renunciante, pela simples razão de que não se operou qualquer transmissão de bens a ele. A atribuição incidirá, naturalmente, sobre a transmissão que vier a se dar em favor de outrem, ou seja, o herdeiro que vier a receber o quinhão renunciado.*
>
> *Também não é devido, nessa hipótese de renúncia, o imposto de transmissão inter vivos, pois o herdeiros renunciante simplesmente abdica do seu direito, sem transmiti-lo voluntariamente a quem quer que seja.*
>
> *A renúncia nada mais é do que a demissão da qualidade de herdeiro, pelo repúdio à herança. Por isso não produz efeitos de transmitir bens; a sucessão dá-se em favor de outros herdeiros sucessíveis, como se o renunciante não existisse ou não tivesse direito à sucessão.*[3]

A leitura desatenta do disposto no artigo 1.807 do Código Civil embora possa gerar a equivocada interpretação de que o herdeiro possui o prazo de 30 dias para renunciar aos direitos hereditário, aponta que inexiste previsão de prazo para a decisão do sucessor.

Para melhor compreensão, vejamos o disposto no artigo em comento:

> *Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.*

Assim se vê que, de regra, não há previsão de prazo final, sendo a exceção prevista no dispositivo acima que dispõe que qualquer interessado, após decorrido prazo mínimo de 20 dias da morte do *de cujus,* poderá solicitar o pronunciamento expresso daquele herdeiro que se declare se aceita ou não a herança, que ocorrerá no prazo de até 30 dias.

Sobre o chamado período de incerteza, elucida José da Silva Pacheco[4]:

> *O herdeiro não é obrigado a se pronunciar imediatamente; poderá precisar, em certos casos e circunstâncias, de tempo para deliberar.*
>
> *O Código Civil não fixa um prazo final para a sua decisão, como fazem algumas legislações estrangeiras; declara que nos vinte dias após a abertura da sucessão, não poderá ser instado a se pronunciar; decorrido esse tempo, pode qualquer interessado requerer ao juiz prazo, não superior a trinta dias, para que dê o herdeiro a sua decisão; presumindo-se aceita a herança, se o não fizer.*

3 Oliveira, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática** / Euclides Benedito de Oliveira, Sebastião Luiz Amorim. 21 ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008, p. 439-440

4 Ob. Cit. P. 131

Prossegue o mesmo doutrinador[5]:

> *O herdeiro pode livremente renunciar à herança, mas sua declaração deverá constar expressamente de escritura pública ou termo judicial.*
>
> *Não há, pois, renúncia tácita; em hipótese alguma, da atitude do herdeiro será lícito presumir que tenha renunciado.*
>
> *A renúncia deve ser isenta de qualquer pressão, salvo a que provenha do fato de, esgotado o período de tempo para deliberar, ter de declarar se aceita ou renuncia à sucessão.*
>
> *Ademais, recolhimento de tributo deve estar pautado no princípio da legalidade, e inexiste norma que estabeleça o prazo especificado pela Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, inclusive, nem houve defesa ou prestada informação, conforme se infere à f. 80 onde consta a seguinte manifestação: "O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, por seu procurador abaixo assinado, nos autos em epígrafe, vem à presença de V. Exa. informar que face à Decisão PGE/MS/PDIR/Nº. 587/2014, proferida em razão do PDIR/PGE/PITCD/Nº. 005/2014, está autorizado a não apresentar informações e defesa no presente processo.".*

Acresça-se, *ad argumentandum,* que a Corregedoria- Geral do nosso Estado editou o Provimento nº 51, de 25/11/2010, para o fim de normatizar a questão das lavraturas de escritura pública de inventário com renúncia abdicativa, dispondo que não incide emolumento por não ser ato de transmissão e recolhimento do imposto de transmissão (art. 1º).

Portanto, é da competência do herdeiro que receber o quinhão hereditário recolher o imposto devido (ITCD *causa mortis*) sobre a totalidade do bem, se não for o caso de isenção.

Como bem elucidado pela Procuradoria Geral de Justiça:

> *A ordem merece ser concedida, a fim de que a medida liminar seja confirmada. Isso porque o artigo 1.807, do Código Civil, usado pelo impetrado para fundamentar o ato invectivado, assim estabelece: "O interessado em que o herdeiro declare se aceita ou não a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para nele se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita."*
>
> *Note-se que o referido dispositivo tem por objetivo pôr termo à indecisão do herdeiro que se encontra em dúvida se aceita ou não a herança.*
>
> *Para evitar que a indecisão do herdeiro se prolongue, impedindo o andamento do processo de inventário, determinou a lei que qualquer interessado, transcorrido 20 dias do óbito, requeira que o juízo do inventário fixe um prazo, não maior de trinta dias, para o herdeiro se pronunciar, de modo definitivo, se aceita ou não a herança.*
>
> *Se não houver pronunciamento, a herança é tida como aceita.*
>
> *Neste vértice, verifica-se que o prazo previsto no artigo 1.807 do Código Civil é assinado para que o herdeiro titubeante se pronuncie. Não se trata, pois, de prazo para que qualquer herdeiro possa renunciar à herança, como entendeu o impetrado, muito menos que o referido prazo seja de 30 dias, a contar do óbito, pois, se for concedido o prazo máximo, só aí ter-se-ia 50 dias.*

5 Ob. Cit. P. 134

> *Assim, como no caso em epígrafe o impetrado está exigindo que o impetrante faça a doação e, por conseguinte, recolha o imposto de doação sobre renúncia dos herdeiros em favor do monte mor, porquanto já transcorreu o prazo legal de 30 dias para a renúncia, resta evidenciada a ilegalidade do ato tido como coator.*

Diante do exposto, e de acordo com o parecer, confirmo a liminar concedida e concedo a ordem de segurança para que seja determinado à autoridade coatora realizar o processamento do ITCD sobre o imposto *causa mortis* se abstendo da exigência do recolhimento do imposto de doação sobre a renúncia abdicativa dos herdeiros, sob pena de responder por crime de desobediência ou sofrer a imposição de outra sanção adequada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de junho de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000806-07.2011.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DIVÓRCIO – PARTILHA DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – CÓDIGO DE 1916 – O REGIME DE BENS NÃO PERPETUA APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO – LIMITAÇÃO – PRECEDENTES – DIREITO RECONHECIDO QUANTO AO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A AQUISIÇÃO DO IMÓVEL E A DATA DA SEPARAÇÃO DE FATO AINDA QUE A CÔNJUGE NÃO EXERCESSE ATIVIDADE REMUNERADA – SENTENÇA REFORMADA – PARCIALMENTE COM O PARECER DA PGJ – 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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Natalia Cardoso Batista interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Sidrolândia que, nos autos da ação de divórcio proposta contra João dos Santos Batista, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, decretando o divórcio do casal, nos termos do artigo 226, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 66, de 2010. Sem custas e sem honorários.

Em suas razões alega que foi casada pelo regime de comunhão de bens desde 22/02/1969, vindo a separar-se de fato no ano de 2001 e que, durante o matrimônio, o casal adquiriu um bem imóvel urbano localizado na Rua Fazenda Rio Grande, 29, Bairro Santa Terezinha, Curitiba/PR. Diante de tais fatos, entende que a sentença deve ser reformada para que seja efetuada a partilha do imóvel, na proporção de 50% para cada parte. Assim, entendendo que restou comprovado nos autos que faz jus à meação, pede o conhecimento e provimento do recurso para ver reformada a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Natalia Cardoso Batista interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Sidrolândia que, nos autos da ação de divórcio proposta contra João dos Santos Batista, julgou

parcialmente procedente o pedido inicial, decretando o divórcio do casal, nos termos do artigo 226, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 66, de 2010. Sem custas e sem honorários.

Em suas razões alega que foi casada pelo regime de comunhão de bens desde 22/02/1969, vindo a separar-se de fato no ano de 2001 e que, durante o matrimônio, o casal adquiriu um bem imóvel urbano localizado na Rua Fazenda Rio Grande, 29, Bairro Santa Terezinha, Curitiba/PR. Diante de tais fatos, entende que a sentença deve ser reformada para que seja efetuada a partilha do imóvel, na proporção de 50% para cada parte. Assim, entendendo que restou comprovado nos autos que faz jus à meação, pede o conhecimento e provimento do recurso para ver reformada a sentença.

Pois bem.

No caso em tela, as partes contraíram o matrimônio em 1969, na vigência do Código de 1916, tendo como regime adotado o de comunhão de bens, conforme se constata às fls. 10/TJMS, portanto, de acordo com o regime eleito, comunicam-se os bens do casal, adquiridos na constância do casamento, salvo as exceções legais.

Inicialmente, ressalto que discordo do entendimento exposto pelo magistrado singular quanto à ausência de direitos da recorrente sobre o bem, uma vez que não exercia atividade remunerada, isto porque, ainda que a cônjuge não exerça atividade remunerada, tem o direito garantido da sua parte na meação.

Explico.

O direito à partilha dos bens adquiridos na constância do casamento é admitido pela Lei, de acordo com o regime escolhido pelos cônjuges, bastando, para tanto, que se reconheça o esforço comum na constituição do patrimônio.

Destaca-se que esforço comum, não é só a contribuição econômica/financeira, mas também a colaboração de ordem moral e afetiva, na criação dos filhos e na administração do lar, decorrentes da relação entre os cônjuges que, no caso em tela, restou devidamente demonstrada pelos 32 anos que viveram juntos, uma vez que as partes se casaram em 1969, vindo a separação de fato, ocorrer apenas em 2001.

Ocorre que a jurisprudência é pacífica quanto ao entendimento de que o regime acordado pelas partes não se perpetua após a separação de fato do casal e, referido entendimento, é acompanhado por esta Quinta Câmara Cível, *in verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO E PARTILHA DE BENS. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AFASTADA. PARTILHA DE BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BEM IMÓVEL FINANCIADO JUNTO À CEF. PARTILHA DAS PARCELAS ADIMPLIDAS DURANTE A CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. SALDO DEVEDOR. EXCLUÍDO DA PARTILHA. RESPONSABILIDADE DO CONJUGE QUE ASSUME AS PARCELAS DO FINANCIAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há que se falar em falta de interesse de agir/recorrer pelo fato da recorrente ser revel e estar assistida pela curadoria especial, exercida pela defensoria pública estadual, haja vista a garantia constitucional do direito à ampla defesa. 2. Em se tratando de imóvel adquirido mediante financiamento junto à instituição financeira, a partilha se dá no valor correspondente às parcelas adimplidas durante a convivência comum do casal, até a data da separação de fato, pouco importando se houve ou não contribuição financeira de ambos os cônjuges, e não na integralidade do imóvel. 3. Ademais, quanto às prestações vincendas, não há como partilhar aquilo que sequer é de propriedade do casal. Até a data do adimplemento integral do contrato não são eles proprietários do imóvel, mas somente promitentes compradores. Se as prestações atuais vêm sendo pagas exclusivamente pelo*

apelado, depois da separação de fato, não se justifica que o saldo devedor ingresse na partilha, sendo de responsabilidade tão somente daquele que assume o pagamento das prestações vincendas e o interesse em ficar com a propriedade do imóvel." (TJ-MS; APL 0200316-56.2009.8.12.0017; Nova Andradina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 05/08/2014; Pág. 18)

E ainda:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PARTILHA. IMÓVEL FINANCIADO. Sentença que determina a divisão das parcelas adimplidas até a data da dissolução do vínculo matrimonial. Modificação. Meação restrita ao valor pago até a data da separação de fato. Precedentes. Indenização por danos morais. Agressão física ocorrida no término do relacionamento. Lesões corporais. Condenação criminal. Dever de indenizar evidenciado. Pleito de minoração da verba indenizatória. Valor aplicado na sentença com proporcionalidade. Manutenção. Recurso conhecido e parcialmente provido. I – No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, conforme o art. 1.658 do Código Civil. II – Não há como reconhecer a meação das parcelas adimplidas exclusivamente por um dos cônjuges após a separação de fato, devendo se comunicar apenas aquelas implementadas durante a união. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta corte. III – Aquele que, por ato volitivo, pratica lesão corporal contra a própria cônjuge, responde pelos danos advindos da sua conduta, sejam eles materiais ou morais. lV - A verba indenizatória deve ser arbitrada considerando as particularidades do caso concreto, a situação econômica das partes, o grau de culpa do ofensor, a extensão do dano e a sua repercussão." (TJ-SC; AC 2014.019400-1; Xanxerê; Câmara Especial Regional de Chapecó; Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo; DJSC 27/10/2014; Pág. 309) CC, art. 1658

Assim, constatado o direito da apelante, deve-se limitar o período que lhe é devido e, conforme afirmado que sua separação de fato ocorreu no ano de 2001, resta reconhecer o seu direito sobre o imóvel do período da aquisição até a data da separação de fato, que deverá ser detalhada em fase de liquidação de sentença.

Ressalto que o recorrido trouxe aos autos, documento juntado às fls. 104/TJMS, informando que a separação de fato teria ocorrido em fevereiro de 2005, contudo, tal fato foi firmemente negado pela autora/apelante em sede de apelação, veja-se:

"(...) Isso porque, ao contrário do que alegara o apelado, tal bem foi adquirido muitos anos antes da separação de fato ocorrida em 2001, tanto é verdade que o mesmo está registrado em nome da apelante. Quanto ao documento acostado à f. 104, o mesmo só comprova as alegações autorais, sendo certo ainda, que só foi elaborado 4 anos após a dita separação (03/08/2005).(...)"

Diante de referida afirmação, parcialmente com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso interposto, dando-lhe parcial provimento, para determinar a partilha do imóvel objeto dos autos, no que se refere ao saldo compreendido do período iniciado com a aquisição do imóvel, findando na data da separação de fato do casal em 2001, a ser apurada, pontualmente, em liquidação de sentença.

No mais, resta mantida a sentença nos termos em que foi proferida, sem alterar a sucumbência, em razão das partes serem patrocinadas pela Defensoria Pública.

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. Sideni Soncini Pimentel

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, 28 de abril de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0011769-80.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSOS INTERPOSTOS PELA FABRICANTE E PELA CONCESSIONÁRIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – VEÍCULO ZERO KM QUE APRESENTA DEFEITOS – VÍCIO DE FÁBRICA – INÚMEROS REPAROS MECÂNICOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* – RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO – IMPERIOSIDADE DE QUE OCORRA A SUA SUBSTITUIÇÃO – ESCOLHA DO CONSUMIDOR – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Monet Concessionária de Veículos e Peças Ltda. e Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda. apelam da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação por danos movida por Ricardo Pael Ardenghi, julgou procedente a ação, condenando as requeridas, solidariamente, à substituição do automóvel defeituoso por um veículo zero km do mesmo modelo, ou equivalente com as mesmas características e perfeitas condições de uso e ao pagamento de indenização por danos morais em favor do requerente, arbitrada em 10 (dez) salários mínimos vigentes à data da sentença, acrescida de correção monetária e juros de mora.

Monet Concessionária de Veículos e Peças Ltda. aduz que o veículo vem sendo utilizado regularmente desde a sua aquisição, de modo que se encontra totalmente apto ao fim a que se destina. Assevera que o único problema encontrado estaria relacionado ao ar-condicionado e, para saná-lo, bastaria a substituição do condensador, compressor e filtro secador, sem importar em diminuição do valor do bem. Afirma não ter praticado ato ilícito a justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Defende a inexistência de danos morais por tratar-se de mero aborrecimento e requer a minoração do *quantum* indenizatório, sob pena de enriquecimento sem causa.

Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda., por sua vez, assevera que não há comprovação de vício de fabricação, nem do nexo de causalidade que vincule a conduta da ora apelante aos supostos problemas e danos alegados pela autora. A má prestação dos serviços ocorreu apenas na concessionária, a qual é responsável pela reparação dos defeitos do produto. Aduz que não lhe poderia ser atribuída responsabilidade por conduta de terceiro ou dos próprios consumidores. Afirma que não houve demonstração dos danos

morais, não podendo ser condenada a repará-los e que, acaso seja condenada ao pagamento da indenização, o *quantum* deve ser minorado. Por fim, defende que não deu causa ao evento e que, por isso, não pode ser condenada a substituir o veículo, o que representaria a transferência da culpa da concessionária à fabricante.

Contrarrazões às f. 405/410 pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Monet Concessionária de Veículos e Peças Ltda. e Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda. apelam da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação por danos movida por Ricardo Pael Ardenghi, julgou procedente a ação, condenando as requeridas, solidariamente, à substituição do automóvel defeituoso por um veículo zero km do mesmo modelo, ou equivalente com as mesmas características e perfeitas condições de uso e ao pagamento de indenização por danos morais em favor do requerente, arbitrada em 10 (dez) salários mínimos vigentes à data da sentença, acrescida de correção monetária e juros de mora.

Monet Concessionária de Veículos e Peças Ltda. aduz que o veículo vem sendo utilizado regularmente desde a sua aquisição, de modo que se encontra totalmente apto ao fim a que se destina. Assevera que o único problema encontrado estaria relacionado ao ar-condicionado e, para saná-lo, bastaria a substituição do condensador, compressor e filtro secador, sem importar em diminuição do valor do bem. Afirma não ter praticado ato ilícito a justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Defende a inexistência de danos morais por tratar-se de mero aborrecimento e requer a minoração do *quantum* indenizatório, sob pena de enriquecimento sem causa.

Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda., por sua vez, assevera que não há comprovação de vício de fabricação, nem do nexo de causalidade que vincule a conduta da ora apelante aos supostos problemas e danos alegados pela autora. A má prestação dos serviços ocorreu apenas na concessionária, a qual é responsável pela reparação dos defeitos do produto. Aduz que não lhe poderia ser atribuída responsabilidade por conduta de terceiro ou dos próprios consumidores. Afirma que não houve demonstração dos danos morais, não podendo ser condenada a repará-los e que, acaso seja condenada ao pagamento da indenização, o *quantum* deve ser minorado. Por fim, defende que não deu causa ao evento e que, por isso, não pode ser condenada a substituir o veículo, o que representaria a transferência da culpa da concessionária à fabricante.

Pois bem, é preciso consignar de início que a relação existente entre as partes tem cunho consumerista, uma vez que a autora figura como consumidora e as empresas apelantes na qualidade de prestadoras de serviços, devendo a matéria ser apreciada com fulcro na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

O CDC, em seus artigos 2º e 3º, define consumidor e fornecedor, respectivamente, como toda pessoa física ou jurídica que adquire o utiliza produto ou serviço como destinatário final; e toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Logo, a responsabilidade civil das apelantes deve ser analisada sob a ótica objetiva.

No caso em tela, restou demonstrado por meio da prova pericial produzida em juízo, de forma inequívoca, que os problemas se originaram na fabricação ou montagem das peças.

Confira a conclusão do Laudo Pericial (f. 269/270):

> *5.1) O VEÍCULO PEUGEOT 307 apresenta problemas no sistema de ar condicionado, decorrente do vazamento de óleo PAG, devendo ser substituído o compressor, condensador e filtro secador, sendo necessário também, a limeza completa do sistema de ar condicionado veicular. A natureza dos problemas observados deve ser remetida à fabricação e/ou montagem das peças, sendo essa assertiva reforçada pelas ordens de serviço nas quais a Parte REQUERENTE relata o mesmo problema com o sistema de ar condicionado em prazo inferior a 30 dias após a retirada do veículo da concessionária REQUERIDA. Foram várias reclamações feitas nesse sentido, perdurando essa falha até o momento de nossa vistoria.*

Portanto, a culpa exclusiva dos fornecedores, comprovada nos autos por meio da prova pericial, demonstra o nexo de causalidade e o consequente dever de indenizar.

Ademais, em que pesem as alegações da fabricante, devem ser afastadas as alegações de que não possui qualquer responsabilidade pelos eventos descritos na inicial.

Isso porque, sua responsabilidade é solidária à da concessionária nas hipóteses de vícios de qualidade ou quantidade de bens de consumo, facultando a lei ao consumidor eleger o próprio estabelecimento comercial para demandar.

Cláudia Lima Marques, sobre o tema, preleciona:

> *"(...) respondem pelo vício do produto, todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. Parece-nos, em um primeiro estudo, uma solidariedade imperfeita, porque tem como fundamento a atividade de produção típica de cada um deles. É como se, a cada um deles, a lei impusesse um dever específico, respectivamente, de fabricação adequada, de distribuição somente dos produtos adequados, de comercialização somente de produtos adequados e com as informações devidas. No sistema do CDC, a escolha de qual dos fornecedores solidários será sujeito passivo da reclamação do consumidor cabe a este último. Normalmente, o consumidor preferirá reclamar do comerciante mais próximo a ele, mais conhecido, mas o fabricante, muitas vezes o único que possui conhecimentos técnicos para suprir a falha do produto, será eventualmente demandado a sanar o vício"* (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Edição, p. 582/583.) (grifei)

Afinal, tanto o comerciante como o fabricante do produto, por integrarem a cadeia de circulação do bem, são solidariamente responsáveis pelos vícios nele apresentados, nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, deve ser afastada a alegação da fabricante de que não é responsável pelos danos materiais alegados na inicial.

Por oportuno:

> *RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VEÍCULO NOVO. AQUISIÇÃO. DEFEITOS NÃO SOLUCIONADOS DURANTE O PERÍODO DE GARANTIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DO TÉRMINO DA GARANTIA CONTRATUAL. 1. Diversos precedentes dasta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do*

> *art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor. (...)*. (REsp 547794 / PR relª. Ministra Maria Isabel Gallotti – Quarta Turma – J. 15/02/2011 – DJe 22/02/2011).

No mesmo rumo, a configuração do dano moral é inafastável, sendo de crucial importância salientar que o vício no produto e o insucesso nos reparos realizados na concessionária traduzem-se em flagrante prejuízo ao consumidor, sendo certo que os percalços narrados mostram-se capazes de infligir comoção psíquica, configurando dano moral e, por conseguinte, o dever de reparar o ato ilícito praticado.

Esse procedimento negligente por parte dos apelantes caracteriza o ato ilícito e impõe, sim, o dever de indenizar, exigindo-se a compensação pecuniária na forma da lei.

Além do que, não prevalece a alegação da inexistência do dano moral, pois a situação descrita nos autos vai além de simples aborrecimento, invadindo a esfera dos direitos da personalidade do ofendido.

Certo é que a compra de um veículo novo incute no adquirente a ideia de segurança, de durabilidade e de conforto, o que é por vezes mitigado por aquele que detém automóvel já usado. Logo, a existência de defeitos do produto adquirido frustrou as expectativas cultivadas pelo consumidor.

Frisa-se que a aquisição de um automóvel novo, em verdade, simboliza a tranquilidade de que aquele bem terá uma vida útil relativamente longa, sem a necessidade, ao menos ao início, da realização de reparos.

E a conjuntura não se resume a esse fato, pois a aquisição do veículo em específico, além de ser feito mediante o pagamento de elevado valor, trouxe situações adversas, pelas quais o consumidor compareceu à concessionária requerida, noticiando os defeitos apresentados.

Tanto que até os dias atuais, os problemas não foram integralmente resolvidos, persistindo, pelo menos, até a data do laudo pericial.

Não bastasse isso, entende a jurisprudência atual que a frustração da expectativa legítima do consumidor já se caracteriza, desde logo, como dano moral.

Portanto, em face das peculiaridades do caso, não há como afastar os danos advindos dos sentimentos de angústia, frustração, descontentamento e incômodos suportados pelo adquirente, que merecem ser inequivocamente ser reparados.

E, na quantificação dos danos morais sofridos, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta. De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, na ausência de critérios legais para estabelecer a quantia devida em razão da aquisição de veículo zero quilômetro com defeitos de fabricação e não correção dos vícios apontados, sopesando-se as circunstâncias fáticas e sociais, considerando o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano e a necessidade da vítima, bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor arbitrado na sentença (R$ 7.240,00) deve ser mantido, por apresentar-se adequado à realidade

fática e estar de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como ao entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Por oportuno, vejamos os seguintes julgados:

> *APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – INOCORRÊNCIA – COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO – DEFEITO OCULTO – DANO MATERIAL DEVIDO – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO DA REQUERIDA IMPRÓVIDO – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. Comprovado nos autos a existência de vício oculto que impediu a utilização do bem adquirido (veículo), bem como os prejuízos financeiros (gastos) suportados pelo comprador em razão desse defeito, correta a condenação do vendedor no ressarcimento destes prejuízos. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar o dano moral configurado.* (TJMS. Primeira Câmara Cível. N. 2010.003776-1/0000-00. Rel. Des. João Maria Lós. DJ. 28.3.2012).

> *APELAÇÃO CÍVEL – DOIS RECURSOS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – COMERCIANTE – ART. 18, CDC – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – AFASTADA – MÉRITO – VEÍCULO ZERO KM QUE APRESENTA DEFEITOS – VÍCIO DE FÁBRICA – INÚMEROS REPAROS MECÂNICOS CONCRETIZADOS – DEFEITO INSANÁVEL – DIMINUIÇÃO DO VALOR DO PRODUTO – IMPERIOSIDADE DE QUE OCORRA A SUA SUBSTITUIÇÃO – ART 18, §1º, I, CDC – ESCOLHA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL – REPARAÇÃO DEVIDA – QUANTUM – RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO – RECURSOS IMPRÓVIDOS. No conceito de fornecedores inclui-se a concessionária de veículos, autorizada a prestar assistência aos produtos de fábrica que revende, sendo, em tese, responsável solidariamente com o fabricante pelos vícios dos produtos. Por não haver sido sanados os vícios de fábrica evidenciados no automóvel zero km, forçosa se torna a substituição do bem por outro com iguais características, por ser este inadequado ao consumo a que se destina, impedindo o consumidor de lhe extrair toda sua utilidade e conforto, além da diminuição do valor do produto. Diante de frustrações, aborrecimentos e perturbações passadas por aquele que compra um veículo zero km, que apresenta defeitos constantes logo após sua compra, devida se mostra a indenização por danos morais. Para se fixar o montante a título de ressarcimento por danos morais, devem ser utilizados critérios valorativos próprios e específicos de cada caso em concreto, avaliando as consequências e a repercussão do dano, bem como as condições da parte.* (TJMS. Quarta Câmara Cível. 2012.012909-1/0000-00. Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro. DJ. 29.5.2012).

Por essas razões, é de ser mantida a responsabilização das apelantes ao pagamento dos danos materiais e morais suportados pelo apelado.

No que pertine à insurgência da Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda de que não deu causa ao evento e que, por isso, não pode ser condenada a substituir o veículo, o que representaria a transferência da culpa da concessionária à fabricante, entendo não lhe assistir razão.

Como dito, nos termos do artigo 18, já citado, os fornecedores de produtos de consumo duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, podendo o consumidor exigir sua substituição.

Ainda, pela redação de seu §1º, *não sendo sanado o vício no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e III – o abatimento proporcional do preço.*

Destarte, ao lermos a redação legal, não há dúvidas de que a escolha da satisfação de sua pretensão, nos casos em que não for sanado o defeito, cabe exclusivamente ao consumidor. Nota-se que primeiramente é oportunizada ao fornecedor a substituição das peças com defeito e, somente se não forem sanados os vícios, pode o consumidor, a sua escolha, em sem qualquer justificativa, decidir por uma das opções ali contidas e já mencionadas.

Sobre o tema, a lição do ilustre Desembargador Rizzato Nunes:

> *"Não pode o fornecedor se opor à escolha pelo consumidor das alternativas postas. É fato que ele, o fornecedor, tem 30 dias. E, sendo longo ou não, dentro desse tempo, a única coisa que o consumidor pode fazer é sofrer e esperar. Porém, superado o prazo sem que o vício tenha sido sanado, o consumidor adquire, no dia seguinte, integralmente, as prerrogativas do §1º ora em comento. E, como diz a norma, cabe a escolha das alternativas ao consumidor. Este pode optar por qualquer delas, sem ter que apresentar qualquer justificativa ou fundamento. Basta a manifestação de vontade, apenas sua exteriorização objetiva. É um querer pelo simples querer manifestação."* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

No caso dos autos, restou incontroverso que os defeitos apresentados no veículo adquirido pelo autor, ora apelado, eram decorrentes da fabricação e que os mesmos não foram solucionados oportunamente pela concessionária e fabricante requeridas.

E, na petição inicial, o autor requereu a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (f. 13).

Assim, devem arcar tanto a fabricante quanto a concessionária, solidariamente, com os prejuízos decorrentes de seu inadimplemento.

Conclusão:

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, porém nego-lhes provimento, mantendo intacta a sentença *a quo*.

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. Sideni Soncini Pimentel

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, 14 de abril de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0802249-21.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – QUESTÃO DE MÉRITO – ACIDENTE COM MÁQUINA/TRATOR DE CONSTRUÇÃO – VEÍCULO AUTOMOTOR – INDENIZAÇÃO DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO *A QUO* – EVENTO DANOSO – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Por se tratar de veículo automotor, o acidente ocorrido com máquina/trator de construção no ambiente de trabalho é coberto pelo seguro DPVAT.

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, 5 de maio de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS que, nos autos da ação de cobrança movida por Antonio Moreira, deu parcial provimento ao pedido inicial.

Aduz que a presente lide não trata de matéria adstrita ao seguro obrigatório DPVAT, uma vez que o acidente não foi ocasionado por veículo automotor transitando em via pública, mas por um trator dentro de uma fazenda. Assevera que o sinistro ocorreu durante um serviço na fazenda, razão pela qual se entende que o evento em questão não pode gerar direito à indenização ora pleiteada, por tratar-se de acidente de trabalho. Requer a alteração do prazo inicial de contagem da correção monetária, fixando-o da data da propositura da ação. Por fim, prequestiona a matéria.

Contrarrazões em f. 281-290.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS que, nos autos da ação de cobrança movida por Antonio Moreira, deu parcial provimento ao pedido inicial.

A seguradora ré suscita preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Diz que o acidente que lesionou o apelado não foi ocasionado por veículo automotor transitando em via pública, mas sim por um trator dentro de uma fazenda.

Na verdade, essa questão é de mérito, pois o pedido foi julgado procedente justamente pelo fato de a magistrada *a quo* considerar que o acidente narrado nos autos está entre aqueles abrangidos pelo seguro DPVAT.

Conforme consta dos documentos juntados, principalmente da cópia do boletim de ocorrência (p. 36), o apelado Antonio Moreira foi vítima de acidente quando trabalhava com um trator.

Nos termos da legislação vigente, o seguro DPVAT é destinado à cobertura dos danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não (art. 2º da Lei 6.194/74).

Portanto, a única exigência legal para o pagamento do seguro DPVAT é que o dano pessoal decorra de acidente causado por veículo automotor de via terrestre.

Assim, razão não assiste à seguradora ré, uma vez que o acidente com máquina/trator, por ser veículo automotor de via terrestre, é coberto pelo seguro DPVAT.

Essa visão ampliativa é adotada pela atual jurisprudência, em vista do nítido caráter social da norma regulamentadora do seguro obrigatório.

Desse modo, por não existir qualquer limitação na legislação vigente em relação aos acidentes causados por máquina/trator no ambiente de trabalho e diante da comprovação do nexo de causalidade entre as lesões do segurado e o acidente causado por veículo automotor, correta a sentença que condenou a seguradora ré ao pagamento da indenização do seguro DPVAT.

Quanto ao termo inicial da correção monetária, não há razões para reforma da sentença que determinou a correção da indenização a partir da data do sinistro (12/05/2010), pois este é o momento em que surge o direito do beneficiário à percepção de indenização.

A propósito, é firme o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO SEGURO DPVAT – INVALIDEZ PERMANENTE – VALOR DA INDENIZAÇÃO – GRAU DE INVALIDEZ – IRRELEVÂNCIA – PAGAMENTO NO VALOR MÁXIMO – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O EVENTO DANOSO – HONORÁRIOS MANTIDOS RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *Não se aplica ao caso a Lei n. 11.945/2009, porquanto o acidente descrito na inicial ocorreu antes de sua vigência (17/04/2007) e desde que constatada a invalidez permanente da vítima ou de terceiro, decorrente de acidente de veículo automotor de via terrestre, a indenização devida pela seguradora há de ser paga em seu valor máximo, sendo irrelevante o grau de invalidez constatado. Por outro lado, aplica-se a Lei n. 11.482/2007 que alterou o valor da indenização por invalidez permanente para R$ 13.500,00.*
>
> *2. A correção monetária visa a recompor o valor real da moeda, em virtude de sua desvalorização, o que torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ.*

> *3. Devem ser mantidos os honorários advocatícios quando fixados em valor suficiente e razoável, se considerados os requisitos do art. 20, § 3º, do CPC.* (TJ-MS: Apelação cível nº 2012.019336-4/0000-00, Relator Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel, Quinta Câmara Cível, Julgamento em 26.7.2012).

Conclusão:

Portanto, conheço do recurso de apelação interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

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, 05 de maio de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0103124-71.2009.8.12.0002 - Caarapó
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – FACILIDADE DO *EX ADVERSO* EM EXERCER O CONTRADITÓRIO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO DE SEGURO – CONDUTOR ALCOOLIZADO – PROVA TÉCNICA DESNECESSÁRIA – RECONHECIMENTO PELO PRÓPRIO CONDUTOR E POR POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA – EXCLUSÃO DA COBERTURA – CLÁUSULA LIMITATIVA REDIGIDA COM DESTAQUE E CLAREZA – DESCARACTERIZAÇÃO DE CLÁUSULA ABUSIVA – AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO RISCO – ART. 768 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não caracteriza ofensa ao princípio da dialeticidade o recurso que faz oposição à sentença, com exposição dos fatos e do direito que entende aplicáveis ao caso.

O estado de embriaguez do motorista não é provado apenas e tão somente pelo teste de alcoolemia. A Resolução n. 432/2013 do CONTRAN cede espaço a outros meios de prova, dentre as quais a constatação pela autoridade de trânsito e confissão do condutor.

Nos contratos de seguro de veículo automotor a existência de cláusula limitativa de risco em razão de embriaguez do condutor não é abusiva, porquanto consentânea com o Código de Defesa do Consumidor (§ 4º do art. 54) e com o disposto no art. 768 do Código Civil, que prevê que o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco quanto ao objeto do contrato.

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, 19 de maio de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Waldir Balbuena Medeiros apela da sentença que julgou improcedente pedido de indenização formulado contra Itaú Seguros S/A.

Alega ter ajustado contrato de seguro com a apelada. No entanto, ao buscar administrativamente a indenização pelo sinistro ocorrido no dia 27.07.2009 com o veículo segurado aquele foi-lhe negado pela

seguradora com amarra na cláusula 4.1 letra "E" do contrato – sob alegação de que o condutor Ricardo Boschetti Medeiros, seu filho, conduzia sob efeito de álcool.

Diz que dita cláusula, ao limitar direito do consumidor é nula de pleno direito, pois esbarra no art. 51 do CDC, e no caso em questão com muito mais razão dada ausência de prova técnica da alcoolemia do condutor no momento do acidente.

Ressaltou que a bebida encontrada no veículo segurado no momento do acidente não serve de presunção da alcoolemia do condutor primeiro porque é proprietário de casa noturna e nela comercializa bebida alcoólica, depois porque, no horário do acidente, 7 horas da manhã, a ela dirigia-se para retirar o faturamento da noite.

Cita inconstitucionalidade de dispositivo do Código de Trânsito que obrigava a realização do teste de bafômetro e que o condutor do seu veículo no momento do acidente não estava embriagado, razão pela qual não pode a seguradora furtar-se a indenizá-lo dos prejuízos experimentados.

Prequestiona incs. LV, LVII e LXIII do art. 5º da Constituição Federal, e pede reforma da sentença com consequente inversão do ônus da prova.

Contrarrazões às f. 204-217, com preliminar de não conhecimento do recurso dada ausência de dialeticidade.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

A matéria objeto do apelo é a negativa da seguradora em indenizar os prejuízos que o apelante teve com o acidente envolvendo veículo de sua propriedade, embora estivesse acobertado com contrato de seguro.

A negativa da seguradora está baseada na cláusula 4, item 4.1, alínea e, redigida com os seguintes termos:

> *4. Riscos excluídos e danos não cobertos*
>
> *A seguradora não indenizará:*
>
> *4.1 nenhum tipo de dano decorrente de:*
>
> *(...)*
>
> *e) acidente, quando for comprovado que o sinistro ocorreu em virtude do veículo segurado ter sido conduzido por pessoa, qualquer que seja, sob efeito de álcool. (f. 93-94).*

Defende o apelante a ausência de prova técnica para comprovar a alcoolemia do condutor; que tem justificativa para o fato de ter sido encontrada garrafa de bebida no interior do veículo. Tal ocorreu porque seu filho, o condutor do veículo no momento do acidente, em razão de ser proprietário de casa noturna, nela comercializa bebida alcoólica, é o responsável pela aquisição e naquele momento para lá se dirigia, para recolher o faturamento da noite, além de fazer incursão na inconstitucionalidade do dispositivo do Código de Trânsito Brasileiro que dispõe sobre o teste do bafômetro, e a neutralidade da cláusula do contrato frente ao art. 51 do CDC, dada a restrição de direito.

Antes da análise do recurso do autor necessário é avaliar a preliminar deduzida pela apelada em contrarrazões.

1. Preliminar – ofensa ao princípio da dialeticidade

> *Aduz a seguradora carecer de dialeticidade o recurso interposto, tendo em vista que desenvolve a tese afastada pelo sentenciante, sem o aproveitamento das provas produzidas, apenas e tão-somente renovando suas razões, almeje atribuir valia a sua intenção e ainda obrigação da Apelada/Seguradora indenizar a autora por danos causados no veículo causados por culpa do requerido/Apelante, porque inexistem provas da sua suposta embriaguez. De modo que totalmente descabido, tanto o pedido, como as razões que fundamentam o apelo neste particular (f. 207).*

A preliminar em questão há de ser afastada. Ainda que, segundo a apelada, o recorrente abrace a tese da ausência de prova da embriaguez, repelida na sentença, tal proceder não tem o condão de tornar o recurso improdutivo.

O vício da dialeticidade tem como pressuposto a discursividade incompreensível, divorciada do contexto sentencial, assim como na ausência de fundamentos de fato e de direito que embasem a irresignação do recorrente.

No caso dos autos, estas circunstâncias não são vislumbradas no recurso; ao contrário. Há nele visão ampla da pretensão do recorrente, com exposição dos fundamentos de fato e de direito pelos quais pretende a reforma do *decisum*, tanto que possibilitou à apelada discorrer sem qualquer dificuldade sua oposição à pretensão contida no recurso. Se assim é, não há se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR AVENTADA EM CONTRARRAZÕES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA EMPRESA RECORRIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO – PRECEDENTES DA TURMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Se o recurso, qualquer que seja rebate a decisão recorrida trazendo os elementos imprescindíveis a que o Tribunal possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida, deve ser conhecido. (...).* (TJMS – Apelação Cível n. 2011.008839-0, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Turma, j. 14.04.2011).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR AFASTADA.*
>
> *Se as razões do recurso trazem de forma satisfatória as razões pelas quais a decisão deve ser reformada, não se pode falar em afronta ao princípio da dialeticidade. (...).* (TJMS – Apelação Cível n. 2011.003806-5, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma, j. 07.04.2011).

Afasto, pois, a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

2. Mérito

A matéria versada neste recurso tem correlação com uma outra, objeto de análise nos autos da apelação cível n. 0000100-03.2010.8.12.0031, onde a ora apelada nele figurou, após ter sido chamada por Ricardo Boschetti Medeiros, filho do apelante e condutor do veículo segurado por este último.

Como no recurso em questão as matérias não divergem do que anteriormente foi resolvido, reproduzo o voto proferido, para evitar tautologia. Veja-se:

> *(...) Quanto à seguradora denunciada, o sentenciante colocou-a a salvo de cumprir o contrato firmado com o genitor do apelante, tendo em vista o fato do condutor do veículo fazê-lo, no momento do sinistro, sob efeito de álcool, conforme convencionado na cláusula 'e' do contrato de seguro, estando tal circunstância suficientemente caracterizada nos autos.*
>
> *O apelante faz extensa incursão sobre a ausência de prova, apegando-se apenas à técnica para tanto. No entanto, a prova técnica sobre alcoolemia está mais direcionada para os casos de apuração do delito capitulado no art. 306 do CTB, em razão da exigência de prova inconteste da embriaguês, alicerçada em laudo técnico, para apurar a concentração de álcool por litro de sangue.*
>
> *No entanto, mesmo em caso de delito, a Resolução nº 432/2013 do CONTRAN cede espaço a outros meios de prova, dentre as quais a constatação da situação pela autoridade de transito. Veja-se:*
>
> *"DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA*
>
> *Art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:*
>
> *I - exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou*
>
> *II - constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo I.*
>
> *§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.*
>
> *§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso I deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo I, o qual deverá acompanhar o auto de infração."*
>
> *Neste sentido, inclusive, há jurisprudência deste Tribunal:*
>
> *"(...) Tendo prática delitiva ocorrido após a alteração da redação do art. 306 do CTB, determinada pela Lei nº 12.760, de 20/12/2012, a comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova previstos pela Lei e regulados pela Resolução nº 432/2013 do CONTRAN, é suficiente para a caracterização do delito de embriaguez ao volante, mesmo que o acusado tenha se recusado a realizar o teste do bafômetro. (...)"* (TJMS, Apelação Criminal Nº 001916-87.2013.8.12.007, Rel. designado Des Ruy Celso Barbosa Florence, j. 3 de novembro de 2014, 2ª Câmara Criminal).
>
> *"(...)Deve ser afastada a fundamentação referente à elevada intensidade da culpabilidade e à má índole da personalidade, quando desconectadas de qualquer elemento concreto dos autos. Por outro lado, não há que se falar em necessidade de teste do bafômetro para considerar a ingestão de bebida alcóolica como circunstância que acarrete aumento de pena, prova esta exigida somente se a conduta fosse capitulada no art. 306 do CTB, em que se exige prova robusta da embriaguez amparada em laudo técnico, sendo que para ser considerada como agravante genérica, a comprovação pela prova colhida durante o regular tramitar do processo é plenamente aceitável (...)"* (TJMS, Apelação Criminal Nº 05038-4.204.8.12.02, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, j. 18 de fevereiro de 2013, 1ª Câmara Criminal).

No caso em apreço, ainda que não exista a prova técnica, há, de lado outro, robustez na instrução dos autos, que não deixa dúvida acerca da direção do veículo pelo apelante pós ingestão de bebida alcoólica.

Em verdade, o próprio apelante reconheceu a situação em juízo:

"JUIZ: O bar era seu. Tem relatos aqui, de que teria sido encontrado uma garrafa de vodka, no seu veículo, eu queria saber se é verdade, e se o senhor fez o uso dessa bebida?

DEPOENTE: É verdade, eu tinha bebido, mas eu não fiz o uso que eu, é normal eu carregar bebida alcoólica no carro." (f. 199, destaquei).

Ora, o próprio apelante reconheceu em juízo que tinha feito ingestão de bebida alcoólica, o que torna desnecessária qualquer outra prova neste sentido. Todavia, ainda assim, este fato foi apontado na inicial e o apelante não ofertou resistência na contestação, além da pontuação de testemunha, o Militar Bombeiro que atendeu a ocorrência, conforme declarações feitas em juízo, dentre as quais:

Claudenir Ramão Moura:

"(...) Lá chegando, encontrou os envolvidos na seguinte posição: 'a senhora estava em pé próxima ao outro condutor envolvido no acidente, que se encontrava no meio fio, sentado na calçada'. O homem apresentava sinais de embriaguez, pois 'estava confuso, exalava cheiro de bebia alcoólica e apreendeu um litro de Vodka, que encaminhou ao terceiro sargento da Polícia Militar, que foi atender a ocorrência no dia(...) O condutor do veículo apresenta sinais de embriaguez. Todavia, 'não pode assegurar o grau de alcoolemia no indivíduo", porque não teve como medi-la (...) Pode dizer que o condutor a que se referiu, com sinais de embriaguez, é o que está presente nesta audiência, de nome Ricardo. Tudo, consta do BO do Corpo de Bombeiros que neste ato o ratifica integralmente (...)" (f. 241).

O Boletim de Ocorrência (f. 28-31) também tem registro da condição de embriaguez que o apelante se encontrava ao tempo do acidente:

"(...) Foi apresentado o aparelho do bafômetro ao condutor do v-1; porém este recusou-se a fazer, e perante seu visível estado de embriaguez, foram realizados o teste de recusa nº 0151 e o Boletim de Ocorrência Policial, o qual foi entregue no 1ª Distrito Policial para providencias; (...)" (f. 30).

Com estes argumentos vê-se claramente que os dispositivos constitucionais prequestionados foram desconsiderados (leia-se considerados) (art. 5º, incs. LV, LVII, LXIII). O apelante foi citado, ingressou aos autos, apresentou contestação, indicou testemunhas que foram ouvidas em juízo, preservando deste modo, garantias constitucional de contraditório, ampla defesa, instrução dos autos. Mesmo a omissão do apelante de submeter-se ao teste do bafômetro restou suprida, posto que em juízo reconheceu a ingestão de bebida alcoólica, o que por si só dispensa a necessidade de produção de qualquer outra prova, embora a fase instrutória tenha sido realizada com amplitude.

Tem-se, deste modo, a total ausência de razão do recorrente na pretensão de demonstrar a existência de culpa concorrente, bem como de responsabilidade da seguradora, ante a expressa cláusula de exclusão desta quando verificada a embriaguez do condutor do veículo segurado.

Posto isso, conheço do recurso mas nego-lhe provimento. (f. 426-429, autos da apelação n. 0000100-03.2010.8.12.0031).

Como se vê, em relação a questão da condução sob efeito de álcool e a prova, o recurso em questão não trouxe aos autos nenhuma questão nova. Trouxe, isto sim, as mesmas que foram objeto de apreciação no feito que tramitou apenso a este.

A outra alegação, relacionada com a limitação do direito e que encontra dissonância com o art. 51 do CDC, também sem razão o apelante, porque o § 4º do art. 54 do CDC as admite, desde que, como no caso, estejam redigidas com destaque e de fácil compreensão.

A boa-fé é preceito que permeia os contratos de seguro. Ao conduzir o veículo estando seu condutor embriagado, houve agravamento do risco, daí ser inadmissível a alegação do apelante de que a cláusula é ilegal.

Neste sentido veja-se os precedentes:

> *(...) Acidente de trânsito. Embriaguez do segurado. Agravamento do risco por parte do segurado. Negativa do pagamento da cobertura correta. Sentença escorreita. Recurso conhecido em parte, e nesta parte desprovido.* (TJPR; ApCiv 1062081-2; Salto do Lontra; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Marcelo Gobbo Dalla Dea; DJPR 06/03/2015; Pág. 178).
>
> *AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO. CLÁUSULA EXCLUDENTE. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR CAUSADOR DO SINISTRO. COMPROVADA. AGRAVAMENTO DO RISCO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou improcedente a ação de cobrança, porquanto nos contratos de seguro de veículo automotor a existência de cláusula limitativa de risco em razão de embriaguez do condutor não se revela como sendo abusiva, eis que consentânea com a legislação de trânsito e com o disposto no art. 768 do Código Civil, o qual prevê que o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco quanto ao objeto do contrato.* (TJMS; APL 0203096-77.2010.8.12.0002; Dourados; Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins; DJMS 05/03/2015; Pág. 56).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEFERIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. CLÁUSULA ABUSIVA. NÃO CONSTATAÇÃO. AGRAVAMENTO DO RISCO. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO. Tratando-se de relação de consumo, o contrato de seguro deve ser submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A inversão do ônus da prova somente se apresenta viável quando o julgador constatar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor e a prova somente puder ser produzida pela parte contrária a que postula a produção. O Código de Defesa do Consumidor não proíbe as cláusulas contratuais limitativas de risco, impondo apenas que sejam redigidas de forma clara e inteligível. A cláusula limitativa da extensão do risco é válida e eficaz, uma vez que não exclui a própria essência do risco, mas tem por finalidade restringir a obrigação assumida pelo segurador. A embriaguez é uma causa de agravamento do risco pela qual a seguradora não está obrigada a arcar, desde que haja cláusula expressa de exclusão contratual, fazendo incidir o disposto no art. 768 do Código Civil. Não havendo sequer o descumprimento contratual, que só excepcionalmente poderia gerar o dever de indenizar, incabível a indenização por danos morais.* (TJMG; APCV 1.0144.12.003006-5/001; Rel. Des. Edison Feital Leite; Julg. 18/12/2014; DJEMG 23/01/2015).

Como se vê, a sentença não merece reparos.

Posto isso, conheço do recurso e 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. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 19 de maio de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0803009-50.2012.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – RETIFICAÇÃO DE ASSENTOS DE ÓBITO E DE CASAMENTO – DIVÓRCIO – EFEITOS DA SENTENÇA DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL CONTADOS DO TRÂNSITO EM JULGADO – ART. 8º, LEI N. 6.515/77 – FALECIMENTO POSTERIOR AO DIVÓRCIO – RETIFICAÇÃO NO ASSENTAMENTO DE CASAMENTO DA DATA DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO E NO DE ÓBITO O ESTADO CIVIL DE DIVORCIADO DO *DE CUJUS* – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Correta a sentença que determina a retificação dos assentos de casamento e de óbito, para que no primeiro conste os efeitos do divórcio a contar do trânsito em julgado da sentença que dissolveu a sociedade conjugal; e no segundo o estado civil de divorciado do *de cujus*, em razão desta ser a sua condição na data do óbito.

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, 31 de março de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Nair Sanches Marçal Rikino apela da sentença que julgou procedente pedido feito por Erika Fátima Rikino nos autos de retificação de registros públicos e ordenou a retificação nos assentos de óbito e de casamento de João Tomonaga Rikino, para que neles conste estado civil divorciado, e averbação do divórcio em '06.02.2012', data do trânsito em julgado da sentença proferida nos autos n. 0800852-41.2011, respectivamente.

Alega impossibilidade de acolher os pleitos retificatórios porque a averbação do divórcio no dia 29.02.2012 está consentânea com o mandado expedido pela juíza da 1ª vara cível da comarca de Ponta Porã nos autos da ação correspondente (n. 0800852-41.2011.8.12.0019).

Salienta a lavratura da certidão de óbito no dia 20.04.2012 em razão de só poder fazê-lo mediante ofício datado de 01.03.2012, emitido pela Defensoria Pública requisitando dita providência vez que a apelada, filha do *de cujus,* negou-se a fazê-lo, embora portasse os documentos do falecido, dentre os quais a averbação do divórcio.

Salienta o registro de óbito na condição do *de cujus* como casado em "(...) *conformidade com a averbação do divórcio que teria ocorrido na data de 29.02.2012"* (f. 60), enquanto o falecimento ocorreu no dia 25.02.2012, requerendo reforma dada a inexistência de vicissitudes nos registros públicos.

Contrarrazões às f. 66-70.

Parecer da PGJ às f. 76-78, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Nair Sanches Marçal, na qualidade de terceira interessada, recorre da sentença que acolheu pedidos formulados por Erika Fátima Rikino em procedimento de jurisdição voluntária, com o propósito de retificar os assentos de casamento e de óbito, para constar neste a condição de divorciado e o assento de casamento a data da dissolução do casamento em 17 de janeiro de 2012, em relação ao *de cujus* João Tomonaga Rikino.

Citada, a ex-esposa do falecido se opôs às retificações pretendidas. Ouvido o Ministério Público a sentença foi proferida, acolhendo, em parte, os pedidos da requerente, *ordenando que sejam retificados os registros públicos do de cujus, para que deles constem corretamente: (i) no registro de averbação da sua certidão de casamento a data de "06/02/2012" (data do trânsito em julgado da sentença proferida nos autos nº 080852-41.201), e não a data de sua averbação 29/02/12, (i) no estado civil de sua certidão de óbito, conste como divorciado, e não casado* (f. 47).

A ex-esposa apelante pugna pela modificação da sentença porque os assentos de óbito e averbação de divórcio levaram em consideração a data do mandado de averbação (f. 30).

Sem razão a apelante.

Os assentos extrajudiciais têm, necessariamente, que conter dados reais e efetivos.

No caso da averbação do divórcio, os efeitos da dissolução da sociedade conjugal dar-se-ão com o trânsito em julgado da sentença. Esta é a regra do art. 8º da Lei n. 6.515/77: *"A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar."*.

No caso em apreço, segundo consta do procedimento, a sentença decretando o divórcio de João Tomonaga Rikino e Nair Sanches Marçal Rikino foi proferida no dia 17.01.2012 (f. 9-10), ocorrendo o seu trânsito em julgado no dia 06.02.2012, conforme documento de f. 29. Esta última, portanto, é a data que deve constar da averbação de dissolução do casamento no assento de casamento.

O mandado de averbação, como se vê às f. 30, foi de fato emitido em 29.02.2012, sem, contudo, fazer qualquer ressalva de que esta seria a data que deveria constar da averbação como marco da dissolução do casamento.

Aliás, nem poderia sê-lo, pois conforme consta do dispositivo acima transcrito, os efeitos da dissolução do casamento dar-se-ão a partir do trânsito em julgado da sentença, *in casu*, dia 06.02.2012 (f. 29).

De lado outro, deveria o cartório de registro civil, caso o mandado não se fizesse acompanhar da certidão de trânsito em julgado da sentença de decretação do divórcio, solicitá-la ao juízo. Esta recomendação está inserida nas normas da Corregedoria Geral de Justiça, a saber:

> *Art. 685. As sentenças de separação judicial e de divórcio, após o trânsito em julgado, serão registradas, sob forma de averbação, à margem dos assentos de casamento.*
>
> *Art. 686. Na averbação, far-se-á a indicação da vara e do nome do juiz que proferiu a sentença, a data desta e o seu trânsito em julgado, a parte conclusiva da decisão e o nome que a mulher passou a adotar.*

Se a legislação regente da matéria indica (art. 8º, Lei 6.515/77) para o trânsito em julgado da sentença de divórcio ou *à da decisão que tiver concedido separação cautelar,* inviável adotar a data de expedição do mandado de averbação como o *dies a quo* do término do vínculo conjugal com o *de cujus.*

Guardadas as devidas proporções veja-se precedentes, que preservam a integridade da sentença:

> *(...) 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso Especial não conhecido" (STJ, RESP n. 1065209/SP, Rel. Min. João Otávio de noronha, j. Em 8-6-2010).* (TJSC; AC 2015.000518-5; Joinville; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Fernando Carioni; Julg. 24/02/2015; DJSC 04/03/2015; Pág. 264).
>
> *DIVÓRCIO CONSENSUAL. PROCEDIMENTO. LEI N. 6.515/1977. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. INEQUÍVOCO INTUITO DAS PARTES EM DISSOLVER O VÍNCULO CONJUGAL. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESPROVIMENTO. 1. Conquanto a Lei n. 6.515/1977 tenha sido parcialmente "derrogada" pela Emenda Constitucional n. 66/2010, que extirpou do ordenamento jurídico qualquer requisito de ordem temporal para fins de dissolução do vínculo conjugal, o procedimento e os efeitos da sentença constitutiva do divórcio disciplinados pelo referido Diploma Legal encontram-se ainda vigentes. ... Recurso não provido.* (TJMG; APCV 1.0145.14.026217-4/001; Rel. Des. Corrêa Junior; Julg. 10/02/2015; DJEMG 24/02/2015).
>
> *(...) 2. A demanda cautelar, além de necessária, mostra-se útil e adequada para legalizar a situação fática, interrompendo os deveres subjetivos decorrentes do casamento bem como para estabelecer o termo inicial dos efeitos jurídicos da sentença em futuro processo principal, sobretudo no que diz respeito à questão patrimonial. 3. Recurso improvido. Sentença mantida.* (TJDF; Rec 2013.07.1.033755-9; Ac. 826.731; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis; DJDFTE 30/10/2014; Pág. 216).

Posto isso, e com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0803335-13.2012.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E ESGOTO – FALTA DO SERVIÇO – ROMPIMENTO DE ENCANAMENTO – ALAGAMENTO DE RESIDÊNCIA – RECURSO DA RÉ – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS, PORQUE NÃO TERIA SIDO COMPROVADO O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS AVARIAS NO IMÓVEL COM O VAZAMENTO DE ÁGUA – NÃO OCORRÊNCIA – PROVAS ORAIS E DOCUMENTAIS QUE CONFIRMAM O DANO MATERIAL, NOS TERMOS FIXADOS NA SENTENÇA – DANO MORAL EXISTENTE – DESCONFORTO QUE DECORRE DA PRÓPRIA SITUAÇÃO VIVENCIADA PELA VÍTIMA, QUE FICOU OBRIGADA A SE AFASTAR DO SEU LAR POR ALGUNS DIAS, EM RAZÃO DOS DANOS PROVOCADOS PELA FALTA DO SERVIÇO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DA AUTORA – EXTENSÃO DOS DANOS MATERIAIS – ALEGAÇÃO DE DESPESA EFETUADA COM A CONTRATAÇÃO DE ENGENHEIRO PARA ACOMPANHAMENTO DA OBRA, BEM COMO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL – SENTENÇA MANTIDA – AMBOS OS RECURSOS DESPROVIDOS.

O ponto controvertido reside em estabelecer a existência e a extensão dos danos materiais causados à autora, bem como o nexo de causalidade entre o evento danoso e o fato do serviço, imputados à empresa pública.

Por se tratar o caso de relação de consumo, em que a distribuição do ônus da prova se dá *ope legis,* constatado o dano e o nexo de causalidade, não fazendo a ré prova contrária, de rigor a condenação no dano material devidamente individualizado e comprovado.

O dano moral, na hipótese versada, é inerente à própria situação vivenciada pela autora, que ficou alguns dias fora de seu lar em razão do alagamento e dano no imóvel decorrente da falta do serviço imputado à empresa responsável pela distribuição de água.

Ausente critérios objetivos para a mensuração do *quantum* devido, a jurisprudência tem se valido de critérios como a extensão do dano, a repercussão da ofensa na esfera íntima do lesado, podendo ser aferida por critérios objetivos em razão da condição pessoal do ofendido, causa e efeito do dano, bem como a capacidade econômica das partes. Constatado que o juízo bem sopesou tais critérios, não se há falar em redução da indenização a título de dano mora.

Não havendo prova das despesas apontadas pela autora a título de danos materiais, a exemplo de contratação de engenheiro para acompanhamento da obra (reparo em sua residência), bem assim com relação aos honorários de advogado, descabe o ressarcimento de tais verbas, devendo prevalecer apenas os o ressarcimento dos danos efetivamente comprovados, nos termos da sentença.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sanesul - Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul apela da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Paranaíba que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Terezinha Raimunda Chaves, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ora recorrente ao pagamento de R$ 23.731,82 a título de danos materiais, com incidência de juros e correção monetária, bem como em danos morais no importe de R$ 20.000,00.

Em resumo, foi condenada ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 23.721,82 que supostamente se refere ao pagamento das despesas com a reforma do imóvel da autora-apelada, em razão de dano provocado pela ora apelante. Ocorre que a apelada não comprovou as supostas despesas por ela discriminadas na inicial, sendo que, repise-se *"não há provas de que os documentos que instruem os autos tenham qualquer vínculo de causa e efeito com vazamento ora versado"* (f. 445).

Reverbera no sentido de que não há provas de que os materiais descritos nos documentos de f. 36/38, 163/186 e 267/271, foram realmente utilizados na reparação dos danos provocados ao imóvel da apelada, em decorrência do alagamento de sua casa. Na realidade, a apelada aproveitou-se do vazamento ocorrido para fazer uma grande reforma em seu imóvel e, pela via judicial, pretende transferir a responsabilidade pelo pagamento de todas as despesas para a ré-apelante. Diz que não também a alegação da apelada de que teria comprovado, por meio do documento de f. 36, o pagamento do aluguel referente ao mês de julho de 2012, até que findassem os reparos em seu imóvel, não é verdadeiro.

Sustenta que o caso não revela dano moral porque não restou demonstrado qualquer humilhação ou abalo psicológico em razão do alagamento no imóvel da apelada.

Requer o provimento do apelo para o fim de afastar a condenação da apelante ao pagamento de danos materiais, referentes às despesas com a reforma do imóvel da apelada, bem assim os danos morais. Alternativamente, pela redução do *quantum* indenizatório em atenção aos princípios da moderação e da razoabilidade.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 458-464), batendo-se pelo desprovimento do apelo.

A autora Terezinha Raimunda Chaves interpôs recurso adesivo requerendo seja dado procedência total ao pedido, considerando que foram comprovadas as despesas com profissionais liberais que fizeram o laudo de constatação dos danos causados, bem assim os honorários advocatícios contratados.

Requer o provimento do recurso para o fim de condenar a recorrida no pagamento de danos materiais atinentes ao orçamento e honorários do engenheiro para acompanhamento da obra, no valor de R$ 1.540,00, bem como os honorários advocatícios contratados, no montante de R$ 5.911,90.

Contrarrazões ao recurso adesivo (f. 476-481), pelo desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de apelação interposta por Sanesul – Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Paranaíba que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Terezinha Raimunda Chaves, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ora recorrente ao pagamento de R$ 23.731,82 a título de danos materiais, com incidência de juros e correção monetária, bem como em danos morais no importe de R$ 20.000,00.

Conforme relatado, a ré-apelante foi condenada ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 23.721,82 que supostamente se referem ao pagamento das despesas com a reforma do imóvel da autora-apelada, em razão de dano provocado pela ora apelante. Ocorre que, no entender da empresa pública, a apelada não comprovou as supostas despesas por ela discriminadas na inicial, sendo que, repise-se *"não há provas de que os documentos que instruem os autos tenham qualquer vínculo de causa e efeito com vazamento ora versado"* (f. 445).

Reverbera no sentido de que não há provas de que os materiais descritos nos documentos de fls. 36/38, 163/186 e 267/271, foram realmente utilizados na reparação dos danos provocados ao imóvel da apelada, em decorrência do alagamento de sua casa. Na realidade, a apelada aproveitou-se do vazamento ocorrido para fazer uma grande reforma em seu imóvel e, pela via judicial, pretende transferir a responsabilidade pelo pagamento de todas as despesas para a ré-apelante. Diz que também a alegação da apelada de que teria comprovado, por meio do documento de f. 36, o pagamento do aluguel referente ao mês de julho de 2012, até que findassem os reparos em seu imóvel, não é verdadeiro.

Sustenta que o caso não revela dano moral porque não restou demonstrado qualquer humilhação ou abalo psicológico em razão do alagamento no imóvel da apelada.

Requer o provimento do apelo para o fim de afastar a condenação da apelante ao pagamento de danos materiais, referentes às despesas com a reforma do imóvel da apelada, bem assim os danos morais. Alternativamente, pela redução do *quantum* indenizatório em atenção aos princípios da moderação e da razoabilidade.

A autora Terezinha Raimunda Chaves interpôs recurso adesivo, requerendo a procedência total ao pedido, considerando que foram comprovadas as despesas com profissionais liberais que fizeram o laudo de constatação dos danos causados, bem assim os honorários advocatícios contratados. Requer o provimento do recurso para o fim de condenar a recorrida no pagamento de danos materiais atinentes ao orçamento e honorários do engenheiro para acompanhamento da obra, no valor de R$ 1.540,00, bem como os honorários advocatícios contratados, no montante de R$ 5.911,90.

Passa-se a análise do recurso da ré Sanesul.

1.Recurso da ré Sanesul

1.1. Danos materiais.

A relação entre a apelante que presta serviço de água e esgoto a seus clientes, é típica de consumo, conforme orientação da Corte Superior[1].

Ao caso, aplica-se o art. 14 do CDC:

1 AgRg no REsp 1433498/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T., 10.04.2014

> *"Art. 14 O fornecedor de serviço responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *I - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *II - a época em que foi fornecido.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando*
>
> *provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *I - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."*

Assim, por se tratar de responsabilidade civil objetiva, basta ao lesado demonstrar o fato do serviço, existência de dano e o nexo de causalidade.

Feita essa digressão, é de se registrar que, versando a causa de pedir sobre fato do serviço, como bem assentado na sentença, a regra sobre a distribuição do ônus da prova é fixada *ope legis* de forma inversa, impondo-se ao fornecedor, no caso a ré-apelante, a incumbência de provar que o fato do serviço não ocorreu ou se, ocorrido, se deu por culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor.

Desse modo, considerando a inversão do ônus da prova, incumbia à ré-apelante produzir provas acerca das alegações da apelada.

Ora, a apelada deduziu pretensão de reparação de danos materiais em razão de rompimento de encanamento utilizado para prestação de serviço de distribuição de água pela ré. Tal fato é incontroverso nos autos.

O único ponto controvertido reside em estabelecer a existência e a extensão dos danos materiais causados à autora-apelada, bem como o nexo de causalidade entre o evento danoso e o fato do serviço, imputados à apelante. Pois bem.

A apelada pediu o valor de R$ 35.471,40 a título de ressarcimento pelo danos causados em seu imóvel, bem como R$ 745,00 relacionado aos fatos com mudança e frete.

Em que pese a apelante ter admitido a ocorrência do fato do serviço (rompimento de encanamento), sustenta que os valores pleiteados pela apelada não foram comprovados.

Ora, para a verificação da existência e extensão dos danos e o nexo de causalidade, foi deferida a produção de prova oral e pericial. Nesse particular, colho excerto da sentença como razão de decidir:

> *"(...) A testemunha Jean Gleik Martins Carvalho afirmou que tem conhecimento que o imóvel da autora sofreu danos em razão e alagamento; que houve rompimento de encanamento da Sanesul casou todo o estrago que houve no imóvel dela; que de manhã viu o alagamento e percebeu que era água tratada com cloro; que naquele momento já a casa*

começou trincar e a rachar e abriu uma fisura na vertical naquele muro; que a água entrou debaixo da casa, a qual praticamente partiu-se ao meio; que o dano foi muito grande, tendo orientado a autora a sair da casa; estima que a autora deve ter gasto pelo menos R$ 20.000,00 (vinte mil reais), dos quais R$ 6.000,00 (seis mil reais) só com pedreiro.

A testemunha Luiz Antônio de Souza afirmou que tem conhecimento do alagamento na residência da autora em decorrência de rompimento de encanamento da SANESUL; que reformou a casa dela, antes do alagamento e depois do alagamento também; estima que a autora deve ter gasto cerca de R$ 30.000,00 (trinta mil), dos quais R$ 15.000,00 (quinze mil) de mão de obra; confirmou os recibos que assinou; que houve danos à estrutura do imóvel, sendo necessário fazer sete sapatas na fundação da casa; que os reparos demoraram cerca de 60 (sessenta) dias.

Dorina Martins Lima afirmou ter conhecimento dos danos relativos ao alagamento por conta de rompimento de encanamento. Disse que os danos foram grandes e afetou a estrutura da casa dela, tanto que os bombeiros interditaram a casa dela. Afirmou que a autora ficou morando de aluguel por um bom tempo.

A prova pericial restou infrutífera tendo em vista que foi realizada após a reforma do imóvel, não sendo possível verificar quais os problemas causados pelo alagamento (...)".

Verifica-se que a apelada trouxe os documentos de f. 36/38, f. 163/186 e 267/271, com gastos na importância de R$ 23.781,82.

A ré, em seu recurso, alega que a autora não fez prova de que os materiais indicados nos aludidos documentos, foram efetivamente utilizados na reforma de sua casa e que tenha guardado relação de causalidade com o fato do serviço (rompimento do encanamento).

Ocorre que, como bem pontuado pelo ilustre juízo, o ônus de demonstrar que as despesas não possuíam relação com o evento danoso era da parte ré-apelante, ônus de que não se desincumbiu.

Desse modo, há de prevalecer o quanto alegado pela autora-apelada, de que gastou R$ 23.781,82 com reparos em seu imóvel, rem razão do evento danoso causado pela ora apelante.

Ademais, mais uma vez me louvo dos fundamentos do juízo, no sentido e que, *"além de não ter se desincumbido adequadamente de seu ônus, há nos autos comprovação do nexo de causalidade por meio de laudo do corpo de bombeiros, justificativa técnica expedida pela própria ré em procedimento administrativo e esclarecimento do perito judicial".*

A propósito, vale transcrever a certidão de ocorrência de n. 009/SSAA-3/2012 do Corpo de Bombeiros Militar, *in verbis:*

"Foi constatado que tal vazamento veio a causar danos materiais e estruturais a residência da senhora Terezinha como rachaduras no muro lateral que dá frente a Av. Getúlio Vargas, houve danos nas paredes da sala e quarto junto a laje e afastamento do madeiramento e telhados de uma varanda externa fixados na parede. No local, o Senhor Jean Gleick, arquiteto, representante e membro de Defesa Civil local, constatou, através de monitoramento com fotos de câmara digital, o aumento de fissuras comprovando o comprometimento das estruturas com risco de desabamento." (f. 23).

Ademais, a própria gerência regional da empresa-apelante solicitou aquisição de serviços materiais emergenciais devido ao vazamento da rede de água, apresentando a justificativa de que a casa necessitava

de reparos nos muros, calçadas, piso de garagem, piso da sala e quartos, parede, reforço na fundação de uma das pintura (f. 308).

Por derradeiro, e aqui se põe uma pá de cal acerca da existência e extensão dos danos materiais, bem como o nexo de causalidade, consignou o perito judicial que:

> *"Pelo que se apresenta, foram executados contrapiso e calçadas, reforço de fundação, vigas baldrame e pilares em concreto armado, assentamento de blocos cerâmicos nas alvenarias, chapisco, reboco etc.,* ***portanto aceitável as quantidades de orçamento*** *(...)* ***Houve reforma e são compatíveis com o orçamento apresentado pela autora*** (365/366) Negritei.

Não prospera, destarte, a alegação de não comprovação dos danos materiais.

1.2. Danos morais

Em que pese o entendimento da apelante, comungo do mesmo entendimento esposado pelo juízo *a quo.*

Ao se deparar com o fato do serviço, que acabou por alagar por inteiro a casa da apelada (pessoa idosa), com danos materiais devidamente comprovados consoante o acervo probatório, somado ao fato de que a apelada, até os devidos reparos, teve que morar de aluguel, evidente que não se trata de mero aborrecimento.

O dano moral decorre da própria situação de fato vivenciada pela autora, que, convenhamos, não é corriqueira, e por lógico que houve desconforto por demais acima do comum, causado pela inundação de sua casa. Veja-se:

> *Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇAO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALAGAMENTO DE RESIDÊNCIA. OMISSÃO DA AUTARQUIA RÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR CONHECIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS. Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de alagamento ocorrido na residência do autor por culpa dos prepostos da demandada que não teriam ligado as bombas de sucção instaladas no Arroio Cerquinha, localizado ao lado do imóvel do demandante, julgada procedente na origem. MONOCRÁTICA DO RELATOR - (...) DEVER DE INDENIZAR DA AUTARQUIA - Nas hipóteses de omissão da Administração Pública, aplica-se a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, exigindo, então, a comprovação da falha do ente público no dever de agir, consubstanciada na não adoção de medida efetiva e eficaz a fim de impedir o resultado danoso (...). O dano moral, na hipótese concreta dos autos, é inerente à própria situação vivenciada pelo autor que, por negligência da demandada, teve sua casa alagada por água contaminada, perdendo móveis e objetos pessoais, tendo que ver seus filhos pequenos passarem à noite sobre a mesa da cozinha, único local que o alagamento não alcançou, circunstâncias que certamente repercutiram em sua esfera psíquica (...) APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA E RECURSO ADESIVO DO AUTOR PROVIDO MONOCRATICAMENTE.* (Apelação Cível Nº 70031537962, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10/06/2013).

> *"AÇÃO INDENIZATÓRIA. ROMPIMENTO DE TUBULAÇÃO. CEDAE. CONSUMIDOR. (..) Responsabilidade civil extracontratual objetiva da concessionária de serviço público pelos danos causados a terceiros, consoante se extrai do § 6o do art. 37 da Constituição Federal e dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor c/c artigo 17 do citado diploma legal. Inundação causada pelo rompimento de uma tubulação da Ré,*

> *atingindo a residência dos Autores. Dever de manutenção e segurança dos equipamentos que integram a atividade da prestadora de serviço público, estando a Ré, portanto, obrigada a reparar os danos causados por sua atividade. Fato que se qualifica como caso de fortuito interno, típico risco do empreendimento e não ilide a responsabildade de indenizar. Danos morais devidos pelo sofrimento e desconforto causados pela inundação da moradia (..)* (TJ-RJ - APL: 01501605920058190001 RJ 0150160-59.2005.8.19.0001, Relator: Des. Mário Robert Manheimer, J., 26/03/2013, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/09/2013).

Caracterizado, pois, o dano moral, resta saber se a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) é exorbitante, como alega a recorrente.

Ausente critérios objetivos para a mensuração do *quantum* devido, a jurisprudência tem se valido de critérios como a extensão do dano, a repercussão da ofensa na esfera íntima do lesado, podendo ser aferida por critérios objetivos em razão da causa e efeito do dano, bem como a capacidade econômica das partes.

Sopesados esses elementos, sobretudo a repercussão do dano em razão de que a autora ficou alguns dias fora de seu lar, além de ser pessoa idosa, tenho que o valor de R$ 20.000,00 é o suficiente e adequado para o restabelecimento da ordem jurídica violada. Ao mesmo que tempo em que não traz enriquecimento sem causa em favor da apelada, contribui para que a apelante tome as devidas cautelas para que não ocorra futuros atentados desta natureza (princípio do desestímulo).

Mantém-se, pois, a sentença quanto ao dano moral aplicado. Decorrência lógica, nega-se provimento ao apelo da ré.

2. Do recurso da autora

2.1 Dano material

A autora, ora apelante, alega que foram comprovadas as despesas com a contratação de engenheiro, despesas essas justificadas em razão do serviço prestado por aquele profissional, que fez o orçamento do custo dos reparos a serem feitos no imóvel, bem como o acompanhamento da obra (f. 160-163). Afirma que o custo para a elaboração do dito orçamento e acompanhamento dos reparos, seria de R$ 1.540,00. Alega, ainda, que fez prova das despesas com os honorários de advogado, no montante de R$ 5.911,90.

O dano material é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal, segundo o Professor Sérgio Cavalieri Filho, o conjunto de relação jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro[2].

Entrementes, o dano material ou patrimonial deve ser efetivamente comprovado. Nesse sentido:

> *"(..) DANOS MATERIAIS – DEVIDOS SOMENTE OS EFETIVAMENTE COMPROVADOS. (..) Os danos matérias, ao contrário do que ocore com os de ordem extrapatrimonial, não decorem do próprio ilícito, sendo necessário a sua efetiva comprovação para que dêem ensejo a indenização."* (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.011878-2/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini. Quinta Turma Cível. J. 30.7.2009).

As despesas alegadas pela autora com pagamento do engenheiro que fez o orçamento e teria acompanhado a obra, bem como dos honorários de advogado, não restaram comprovadas por documento/contrato, muito menos o recibo de pagamento pelos referidos serviços.

2 **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

Logo, correta a sentença que considerou apenas os danos materiais efetivamente comprovados, no importe de R$ 23.731,82.

Assim, nego provimento ao apelo da autora.

Posto isso, conheço de ambos os recursos e nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1401783-13.2015.8.12.0000/50000 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL – RECURSO DO TERCEIRO ADQUIRENTE – AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA – IRRELEVÂNCIA – DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE FRAUDE À EXECUÇÃO – PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE A MATÉRIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Com o advento da LC 118/05, que conferiu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional, convencionou-se que a mera alienação de bens pelo sujeito passivo com débitos inscritos na dívida ativa, sem a reserva de meios para a satisfação dos referidos débitos, pressupõe a existência de fraude à execução, ante a primazia do interesse público na arrecadação dos recursos para o uso da coletividade. Precedentes do STJ.

2. Para a hipótese ocorrida após a vigência da LC 118/2005, considera-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem ocorre em momento posterior à inscrição do débito na dívida ativa.

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, 28 de abril de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luiz Carlos Hortense interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Em resumo, entende pela não aplicação da LC n. 118/2005, que deu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional. Destaca sua qualidade de terceiro de boa-fé e, nessa condição, sem o registro de penhora na matrícula do bem que adquiriu, não teria como saber que o executado tinha débito inscrito em dívida ativa.

Reitera os fundamentos expostos no recurso originário, para o fim de declarar a inexistência de fraude à execução, mantendo incólume o registro da compra e venda firmada no *"R.02/M. 66.738 e atos consecutivos (compra e venda do imóvel R.03/M 66.738)"*.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Luiz Carlos Hortense interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Conforme relatado, o agravante entende pela não aplicação da LC n. 118/2005, que deu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional. Destaca sua qualidade de terceiro de boa-fé e, nessa condição, sem o registro de penhora na matrícula do bem que adquiriu, não teria como saber que o executado tinha débito inscrito em dívida ativa.

Reitera os fundamentos expostos no recurso originário, para o fim de declarar a inexistência de fraude à execução, mantendo incólume o registro da compra e venda firmada no *"R.02/M. 66.738 e atos consecutivos (compra e venda do imóvel R.03/M 66.738)"*.

A decisão recorrida encontra-se assim fundamentada, *in verbis:*

> *"Trata de agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Hortense contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que, nos autos da execução fiscal ajuizada pelo Município de Três Lagoas contra Clarindo Roman, decretou a ineficácia da compra e venda de imóvel por considerar que a alienação se deu em fraude de execução.*
>
> *Escorreita a decisão proferida na origem.*
>
> *O terceiro interessado, aqui agravante, diz que ao tempo da alienação não havia registro de penhora na matrícula do bem, de modo que adquiriu o imóvel na condição de terceiro de boa-fé. Consequentemente, entende aplicável a Súmula 375 do STJ, no sentido de que: 'O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente'.*
>
> *No caso versando, contudo, não se aplica o mencionado disposto sumular.*
>
> *O feito retrata execução fiscal e a alienação do imóvel deu-se após a inscrição do débito em dívida ativa, já na vigência da LC N. 118/2005, que deu nova redação ao art. 185 do CTN, no sentido de que: 'Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regulamente inscrito como dívida ativa.'*
>
> *Tendo, pois, a alienação do bem ocorrido após a inscrição do débito em dívida ativa, quando já se encontrava em vigor a LC 118/2005 (09.06.2005), presume-se fraudulenta a compra e venda. Confira-se:*
>
> *'PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA. CITAÇÃO DO DEVEDOR. FRAUDE À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. SÚMULA 83/STJ.*
>
> *1. Com o advento da LC 118/05, que conferiu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional, convencionou-se que a mera alienação de bens pelo sujeito passivo com débitos inscritos na dívida ativa, sem a reserva de meios para a satisfação dos referidos débitos, pressupõe a existência de fraude à execução, ante a primazia do interesse público na arrecadação dos recursos para o uso da coletividade.*

> *2. Para a hipótese ocorrida após a vigência da LC 118/2005 considera-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem ocorre em momento posterior à mera inscrição na dívida ativa.*
>
> *3. Consoante a Súmula 83/STJ: 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ. AgRg no AREsp 573.211/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015).
>
> *Assim, correta a decisão que decretou a fraude de execução (compra e venda do imóvel - R.02/M 66.738) e atos consecutivos (compra e venda do imóvel – R.03/M66.738), já que venda e compra ocorreu quando o débito fiscal já se encontrava inscrito em dívida ativa.*
>
> *Posto isso, nego seguimento ao agravo nos termos do art. 557, caput, 2?6 e 4ª figuras do CPC.*

Em que pese o entendimento do ora agravante, o fato é que, no caso, não se aplica o disposto na Súmula 375 do CPC. Aplica-se, aqui, o art. 185 do CTN, com redação determinada pela LC n. 118/2005. Segundo a interpretação dada pela Corte Superior, considera-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem ocorre em momento posterior à mera inscrição na dívida ativa, como ocorreu no caso versando.

Posto isso, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

***

2ª Seção Cível
Ação Rescisória n. 0013947-78.2004.8.12.0000 - Anaurilândia
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRESPONDÊNCIA – ART. 128, 293 E 460, DO CPC – AFASTADA – VIOLAÇÃO À EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – ART. 458, II, DO CPC – AFASTADA – ERRO DE FATO E FALSIDADE DE PROVA – VIOLAÇÃO AO ART. 485, INCISOS VI e IX, DO CPC – NÃO CONFIGURAÇÃO – IMPROCEDENTE.

Se há pedido genérico, de acordo com o permissivo do art. 286, inciso II, do CPC, não há falar em julgamento *ultra petita* e, portanto, de violação ao princípio da correspondência ou da correlação ou da adstrição dos art. 128, 293 e 460, do CPC, já que o *quantum debeatur* não passa de mera estimativa.

Se o magistrado se atém ao seu papel de dar direito a quem o tenha e o faz com base na lei (art. 126, do CPC, e art. 3.º, da LINDB) a sentença não carece de fundamentação e, portanto, não há violação ao art. 458, II, do CPC, a remissão do juiz ao laudo pericial. Exigir do juiz que tenha o conhecimento do perito para elaborar a sentença neste ponto e exigir o impossível, o que não pode ser admitido. O que se exige na decisão é a fundamentação jurídica e não a fundamentação técnica pericial, caso contrário a perícia não seria imprescindível para auxiliar o magistrado (art. 420, do CPC).

O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova e não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela.

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 unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 9 de março de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Companhia Energética de São Paulo - CESP propôs a presente ação rescisória contra a sentença proferida em 11 de agosto de 2002, nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta n.º 197/02, ajuizada por Santiago Soriano Estrela e Maria Figueiredo Soriano, na Comarca de Anaurilândia, sentença esta que julgou procedente os pedidos indenizatórios formulados na referida ação.

Destaca que referida indenização seria correspondente à perda, pelos réus, de uma porção de terras de aproximadamente 247,1208 hectares, que teria sido inundada pelas águas do reservatório da Usina Hidrelétrica Eng.º Sérgio Motta, também denominado de Porto Primavera.

Assim, a ação de desapropriação teve como objeto a afirmação de que os réus teriam perdido uma porção de terras com área de 279,63 hectares, resultante da suposta diferença a menor por eles constatada diante de dados trazidos pela matrícula do imóvel em questão.

Informa que foi interposto recurso de apelação, do qual houve pedido de desistência, operando-se, assim, o trânsito em julgado, fato que autoriza o ajuizamento da presente rescisória.

Alega que o valor da condenação foi alcançado pelo perito do juízo, através de método involutivo, o que resultou na vultuosa soma de R$ 16.854.883,72 (dezesseis milhões e oitocentos e cinquenta e quatro mil e oitocentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos), por ter se firmado na *"falsa suposição de que à área reclamada pelos então autores, ora réus, foi inundada, quando é certo que referida porção de terras não existe e não se encontra debaixo d'água"* (f. 08).

Aduz que, *"conquanto não possa escorar-se na suspeição de parcialidade da Juíza prolatora da sentença rescindenda, faz pertinente, em razão de seus fundamentos, levar ao conhecimento desse E. Colegiado peculiaridade verificada no feito originário, estreitamente relacionada aos fatos que precederam, permearam e sucederam a sentença cuja desconstituição se requer."* (f. 12). Assim, entende que inúmeros atos processuais evidenciaram o interesse da magistrada sentenciante, entre eles o fato de ter desprezado o laudo do assistente técnico da CESP, porque teria sido apresentado fora do prazo legal, bem como quando deferiu, sem qualquer fundamentação ou exigência prévia de caução, o levantamento, em favor dos então autores, da importância de até R$ 40.131.638,38 (quarenta milhões, cento e trinta e um mil seiscentos e trinta e oito reais e trinta e oito centavos), antes da formalização e intimação da penhora.

Nesse contexto, alega que a sentença deve ser rescindida pelos seguintes motivos:

I – violou literal disposição de lei (inciso V do art. 485 do CPC), em especial:

a) violação dos artigos 128 e 460, do CPC, pois a sentença extrapolou os limites do pedido e da causa de pedir, uma vez que foi feito pedido certo e determinado de indenização no valor de R$ 1.733.914,53 e a sentença a condenou ao pagamento do valor de R$ 16.184.883,72;

b) violação do art. 433, parágrafo único, do CPC, pois, para justificar o acatamento integral às (falsas) conclusões alcançadas pelo perito do juízo, houve por bem, dentre outros expediente ilegais, desconsiderar o laudo confeccionado pelo assistente técnico da autora, reputando-o extemporâneo

c) violação do art. 458, II, do CPC, pela ausência de fundamentação quanto à inclusão de danos hipotéticos dentre as parcelas indenizatórias.

II – se fundou em falsidade de prova (art. 485, VI, do CPC), pois: "a falsidade da prova produzida pelo denominado perito revela-se, sobretudo, pelo fato de que sua conclusão foi alcançada por simples cálculo aritmético, considerando, apenas e tão somente, a extensão de terras verificadas na fazenda dos réus, e a porção apontada pela respectiva matrícula." (f. 31-2).

III – que houve erro de fato (inciso IX do art. 485 do CPC), pelos seguintes motivos:

a) ter admitido como existentes despesas, benfeitorias e lucros cessantes cogitados pelos réus, mas por eles não demonstrados.

b) por ter partido da premissa de que os custos, despesas, benfeitorias e lucros cessantes existiriam, quando, na verdade, não se produziu qualquer prova nesse sentido, prova, aliás, que caberia aos autores da pretensão indenizatória.

Pediu o julgamento procedente do pedido para o fim de rescindir a sentença proferida nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta, a fim de que novo julgamento seja proferido ou, se entender pela possibilidade de exercer juízo rescindendo, proferir novo julgamento para julgar improcedentes os pedidos formulados pelos réus na referida ação.

Protestou pela produção de provas, atribuiu valor à causa, juntou documentos às f. 44-1023, comprovante de depósito (f. 1.025) e complementação do valor (f. 1032 - vol. I a VI).

Recebida a inicial (f. 1034), os réus foram citados e apresentaram contestação às f. 1041-62, pleitearam a improcedência da ação rescisória diante da ausência de violação aos artigos 128, 460, 433, parágrafo único, 458, inciso II, e 485, incisos V, VI e IX, todos do Código de Processo Civil. Ausentes, assim, qualquer dos motivos que ensejam a ação rescisória.

Destacaram, ainda, que a área expropriada é de elevado valor econômico, em especial pelo potencial turístico advindo da localização privilegiada, sendo um local de extraordinária beleza natural e paisagística.

Além disso, afirmam que a CESP celebrou acordos em outros processos (ações n.º 203/98, 19/99, e 252/99), com valores até superiores aos contidos na sentença rescindenda, o que por si só afastaria a tese de que o valor de R$ 65.493,81 (sessenta e cinco mil e quatrocentos e noventa e três reais e oitenta e um centavos) por hectare seria abusivo.

Afirmam que não há erro de fato que sirva de fundamento para a ação rescisória, pois, o erro de fato suscetível de fundamentar a rescisória é, precisamente, o averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, e não aquele cuja correção dependa da produção de novas provas.

Pediram o julgamento de improcedência do pedido, protestaram pela produção de provas e juntaram os documentos de f. 1063-84.

Por meio da petição de f. 1027-33 e documentos de f. 1034-91, a autora pediu a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de suspender a ação de execução da sentença que estava em trâmite. Os réus apresentaram manifestação (f. 1094-21).

O pedido foi indeferido (f. 1131-6), e disto foi interposto agravo regimental que, nos termos do voto do 2.º vogal (certidão de f. 1038), reformou a decisão e determinou a suspensão da execução.

Impugnação à contestação às f. 1143-54.

Determinada a realização de prova pericial e nomeado perito (f. 1160-2), as partes indicaram seus assistentes técnicos e formularam quesitos (f. 1164 e f. 1167).

À f. 1487 (Vol. VII), acolheu-se a impugnação feita pelos réus e, por entender-se impertinentes os quesitos formulados pela autora, findou por indeferi-los e, por consequência, indeferiu-se a realização da própria perícia. Na mesma decisão foi indeferido o pedido formulado pelos réus, quanto à revogação da decisão que determinou a suspensão da execução de sentença, mas se determinou, *ad cautelam* e para segurança do Juízo da execução, que a ora autora ali depositasse o valor de R$ 79.470.010,12.

Contra esta decisão foi interposto agravo regimental, ao qual foi negado provimento (f. 1552 – Vol. VIII).

Alegações finais da autora às f. 1496 (Vol. VIII), e dos réus às f. 1528-36.

Por meio da petição de f. 1557-9, a autora informou que o juízo estaria garantido por meio de seguro garantia judicial depositado nos autos da ação de execução.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se pela improcedência da rescisória (f. 1615-27).

Aberta sessão de julgamento, após apresentação de sustentação oral (f. 1649-59), a decisão foi adiada para a sessão seguinte, a pedido de então Relator (f. 1647).

Sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça (f. 1687-92), proferida em medida cautelar inominada (f. 1688), determinando a suspensão do REsp interposto contra a decisão proferida no agravo regimental por esta Corte, que indeferiu a produção de provas, bem como para suspender o julgamento da ação rescisória.

Com o provimento do REsp (f. 1765), os autos desceram à Comarca de origem para realização de prova pericial (f. 1708).

A prova pericial foi realizada, tendo o laudo sido juntado aos autos às f. 1863-91 – Vol. IX).

Manifestação e impugnação das partes às f. 1938 e f. 1956.

Intimada, a perita apresentou esclarecimentos às f. 2004-78 - Vol. X.

À f. 2125, determinou-se a regularização da sucessão/substituição processual, ante a notícia de falecimento da ré Maria Figueiredo Soriano, a intimação para alegações finais e manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça.

A autora interpôs agravo regimental por entender necessária a complementação ou renovação da prova pericial.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às f. 2145-6, quando ratificou, mais uma vez, o parecer já existente nos autos, pela improcedência da ação rescisória.

À f. 2149-58, a autora juntou manifestação técnica de seu assistente pericial, como laudo complementar, no bojo da qual foi confeccionado mosaico de titulação da área.

A Secretaria Judiciária juntou, de forma desordenada (invertida), as alegações finais das partes, sendo do réu às f. 2195-18, pela improcedência, e da autora às f. 2219-57, pela procedência da ação (Vol. XI).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Companhia Energética de São Paulo - CESP, para o fim de ver rescindida a sentença proferida em 11/08/2002, nos autos da ação de desapropriação ajuizada por Santiago Soriano Estrela e Maria Figueiredo Soriano, que julgou procedentes os pedidos iniciais e a condenou ao pagamento de R$ 16.184.883,72 (dezesseis milhões, cento oitenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos).

Alega, em síntese, violação literal a dispositivos legais (artigos 128 e 460, do CPC), bem como do parágrafo único do art. 433 do mesmo *Códex*, e inciso II, do art. 458, também do CPC), erro de fato (inciso IX do art. 485, do CPC) e falsidade de provas (inciso VI, do art. 485, do CPC).

Apenas para relembrar os fatos, verifica-se dos autos, que no ano de 2002, os réus Santiago Soriano Estrela e Maria Figueiredo Soriano, ajuizaram ação de indenização (desapropriação indireta), contra a autora CESP, na Comarca de Anaurilândia, onde pretendiam o recebimento de indenização pela diferença de área de sua propriedade que teria sido inundada pelo reservatório da Usina Porto Primavera, e que não teria sido indenizada.

Segundo consta da inicial da ação de indenização (f. 47), os réus eram proprietários da Fazenda Nossa Senhora Aparecida, – situada no Município de Anaurilândia -, imóvel objeto da matrícula n.º 328, do Cartório de Registro de Imóveis de Bataguassu, com uma área de 2.701,00 hectares.

Para a formação do reservatório da UHE Sérgio Motta, numa primeira etapa a CESP desapropriou da referida área o montante de 1.868,57 hectares e, numa segunda etapa, mais 28,91 hectares, fatos estes incontroversos nos autos.

Assim, considerando a área inicial de 2.701,00 hectares, objeto da matrícula imobiliária, deduzida a área desapropriada (1.868,57 + 28,91), haveria uma área remanescente de 803,52 hectares.

Contudo, após a formação do reservatório e levantamentos topográficos realizados na área, constatou-se que a área remanescente era de 552,79 hectares, havendo uma diferença a menor, assim, de 279,63 hectares, que foi objeto da ação de indenização, cuja sentença a autora pretende ver rescindida.

Para embasar sua pretensão, a autora alega, além da violação às disposições legais apontadas, a existência de erro de fato e falsidade de prova, para o que afirma que a área objeto do pedido da ação de indenização não existe, o que afasta o seu dever de indenizar.

As teses trazidas pela autora serão julgadas em capítulos, conforme os seguintes fundamentos em que se embasam:

I – Violação de dispositivos legais.

A) Violação ao art. 128 e ao art. 460, do CPC:

A primeira hipótese para o juízo rescindendo desta rescisória é que a sentença rescindenda teria violado literal disposição de lei (inciso V do art. 485 do CPC), em especial o art. 128[1] e o art. 460[2], ambos do CPC, uma vez que foi feito pedido certo e determinado de indenização no valor de R$ 1.733.914,53 (um milhão, setecentos e trinta e três mil, novecentos e quatorze reais e cinquenta e três centavos), porém, a sentença a condenou ao pagamento de R$ 16.184.883,72 (dezesseis milhões, cento oitenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos).

Pois bem. É mister salientar como introito, que a petição inicial da ação de indenização não preza pela boa técnica processual. Não é exemplo do silogismo imposto pelo legislador no art. 282, do CPC. Contudo, é entendimento assente nos Tribunais que a peça formal que abre a heterocomposição deve ser vista em seu contexto, como um todo, a fim de se extrair o máximo de efetividade processual imposta pelo inciso LXXVIII do art. 5.º da CF/88, bem como do princípio da instrumentalidade das fôrmas, prestigiado pela combinação dos art. 154 e 244, do CPC.

Este é o entendimento, inclusive, do STJ:

1 Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

2 Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

"**O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos** (REsp 120.299/ES, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJ de 21/9/98). Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1198331/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 20/10/2010 - destaquei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DO SEGURO SOCIAL. GDASST. EXTENSÃO AOS INATIVOS. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **Não viola os art. 128, 293 e 460 do CPC o acórdão que interpreta de forma ampla o pedido formulado na petição inicial, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e extrai-se da interpretação lógico-sistemática da petição inicial** *(AgRg no AG. 567.773/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 20.09.2004). 2. Na espécie, o tribunal de origem, ao analisar a irresignação da ora agravante, assentou a GDPST constitui parte integrante do pedido, uma vez que é sucessora da GDASST, ostentando idêntica natureza jurídica, ainda que sob denominação diversa, de modo que sua outorga não implica prolação de decisum extra petita. 3. Agravo regimental desprovido.* (STJ; AgRg-AREsp 249.092; Proc. 2012/0226176-5; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJe 23/02/2015 - destaquei)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL. REAJUSTE DE PENSÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. 1. **O Superior Tribunal de Justiçaentende que "não ocorre julgamento ultra petita se o tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita"** *(AgRg no AREsp 322.510/ba, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 25/06/2013). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ; AgRg-AREsp 624.665; Proc. 2014/0287719-7; GO; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJe 20/02/2015 - destaquei)

Fácil verificar-se da inicial que este valor certo, de R$ 1.733.914,53 (um milhão, setecentos e trinta e três mil, novecentos e quatorze reais e cinquenta e três centavos), ali está expressamente pleiteado.

Contudo, basta uma leitura mais acurada da exordial para se concluir que a pretensão levada para apreciação contém vários outros pedidos, e não somente o denominado dano material de R$ 1.733.914,53 (dano emergente).

É certo que há confusão entre dano material, lucros cessantes, danos emergentes, mas não há dúvidas que a pretensão posta à apreciação é que além do dano emergente (1), com único valor certo dado pelos autores, ainda se pediram lucros cessantes (2), dano moral (3), indenização da área faltante com acréscimo de 50% pelo seu potencial turístico (4), benfeitorias (5), e indenização da recomposição das áreas de reserva legal e preservação permanente (6).

Apesar de não constar expressamente no capítulo "do pedido", tais perdas indenizáveis constaram da petição inicial e isto extrai-se da conclusão do laudo pericial de avaliação que acompanhou aquela inicial, e que se encontra às f. 113, com discriminação de cada item avaliado, entre eles, o valor das benfeitorias (R$ 82.991,80), o valor das benfeitorias reprodutivas - pastagens (R$ 151.818,72), o valor

da terra nua (R$ 693.491,570), o valor da implantação da reserva legal (R$ 181.996,66), o valor do lucro cessante (R$ 276.870,00) e do potencial turístico (R$ 346.745,78).

Há vários pedidos, então, que somente a perícia poderia quantificar devidamente, não havendo que falar-se em valor certo.

Tanto é que em sua contestação, a CESP impugnou, em capítulos, o pedido de indenização da área de preservação permanente (f. 154), do potencial turístico e dos danos materiais (f. 166), do dano moral e da responsabilidade objetiva (f. 167), bem como dos lucros cessantes e das perdas e danos (f. 168).

Ora, se contestou cada um dos pedidos, alguns deles sem estimativa de valor porque sujeitos à verificação por prova pericial que também foi realizada para este fim, é evidente que não há falar em pedido com valor certo, nem em sentença *ultra* ou *extra petita* em razão do valor total da indenização superar o valor certo, correspondente a parte dos danos afirmados na inicial e não à sua totalidade.

Portanto, não havia apenas um pedido certo, como afirma a autora em sua inicial.

Não bastasse isso, em relação a estes pedidos, o autor se valeu da possibilidade de pedido genérico dado pelo inciso II[3] do art. 286 do CPC, a fim de que o *quantum debeatur* fosse apurado por perícia. Tanto é verdade, que na especificação de provas da exordial (f. 66) se registra expressamente a prova pericial diante da complexidade da questão. Aliás, prova pericial esta produzida em juízo com a participação satisfatória da autora.

Então, em havendo pedido genérico, não há falar em violação ao princípio da correspondência ou da adstrição ou correspondência do art. 128 e art. 293[4] e art. 460, todos do CPC.

Virtualmente impossível porque aqui estamos diante de uma estimativa e esta estimativa não delimita a atuação jurisdicional e, se não delimita, não há o vício de julgamento apontado, de decisão *ultra* ou *extra petita*.

Veja-se o entendimento do STJ:

> *Não houve julgamento extra-petita, haja vista que, na inicial, foi formulado apenas pedido de indenização, devendo o valor ser arbitrado pelo julgador. Incidência da Súmula 83/STJ.* (AgRg no REsp 1192557/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. JULGAMENTO EXTRAPETITA. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO. 1. Inexistência de julgamento extra petita. O pedido deve ser extraído levando-se em conta uma interpretação lógico-sistemática de toda a peça inicial, não apenas de tópico específico. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula nº 284/stf na hipótese em que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia. 3. Não se conhece de Recurso Especial fundado em dissídio jurisprudencial quando não realizado o cotejo analítico para demonstrar a similitude fática e jurídica entre os julgados. 4. Agravo conhecido para se conhecer em parte do Recurso Especial e negar-lhe provimento.* (STJ; Rec. 144.937; Proc. 2012/0055502-5; PR;

3 Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:
(...)
II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito;

4 Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 20/02/2014)

Ademais, não há violação ao princípio da correspondência ou da adstrição ou correspondência (art. 128, 293 e 460, do CPC), pois, durante a instrução da ação de indenização houve a realização de perícia (f. 357-510), para, inclusive, apurar o *quantum debeatur* a ser indenizado.

Após a juntada do laudo pericial, a CESP, expressamente, apresentou manifestação (f. 530), inclusive com laudo de discordância apresentado por assistente técnico de sua confiança (f. 534).

Veja-se que na ação originária não houve qualquer impugnação por parte da CESP quanto a necessidade de realização de perícia para apuração de valor a ser indenizado. Ora, se o pedido já foi certo como sustenta nesta rescisória, deveria, também, ter se insurgido contra a realização da perícia, mas não o fez.

Poderia insurgir-se acerca do que seria apurado na perícia e até quanto à necessidade desta e não o fez, pelo que não pode, em sede de ação rescisória – e relembre-se que ela desistiu da apelação na ação originária -, querer insurgir-se quanto ao valor nela apurado, que resultou na condenação, sob a alegação de que este seria *extra* ou *ultra petita*.

Este comportamento contraditório não é tolerado pelo ordenamento pátrio, tanto que a contradição é causa de não conhecimento de recurso (art. 503, do CPC), bem como de aplicação da preclusão lógica (art. 473, do CPC), que impede que a autora se insurja contra ato que ela mesma postulou ou contra o qual não se insurgiu.

A proibição de manifestação de vontades contraditórias (*venire contra factum proprium*) constitui brocardo, ou seja, um axioma, um pensamento sintetizado em uma única sentença, que expressa uma conclusão reconhecida como verdade consolidada e se aplica na ciência jurídica como um todo, seja no âmbito de direito material, seja processual, e, assim, diante da aceitação expressa da autora quanto à realização do ato atacado à época em que era ré na relação processual originária, evidente que, agora, não pode o Poder Judiciário entender que aquele ato deva ser desfeito apenas porque o seu resultado não agradou a parte que assentiu com a sua produção.

É como pedir que seja desconsiderado o teor de um depoimento de testemunha, porque este prejudicou aquele que pleiteou tal oitiva.

Sobre o tema, o STJ decidiu:

> *"A agravante foi alcançada por sua própria conduta anterior. Venire contra factum proprium, como bem definiram os antigos romanos, ao resumir a vedação jurídica às posições contraditórias. Esse princípio do Direito Privado é aplicável ao Direito Público, mormente ao Direito Processual, que exige a lealdade e o comportamento coerente dos litigantes. Essa privatização principiológica do Direito Público, como tem sido defendida na Segunda Turma pelo Min. João Otávio de Noronha, atende aos pressupostos da eticidade e da moralidade* (Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 946499/SP. Ministro Relator Humberto Martins. 2ª Turma. DJU 05.11.2007)".

No dizer de Anderson Schreiber a respeito da vedação do comportamento contraditório:

> *O princípio da solidariedade social, protegido como objetivo da República brasileira no artigo 3.º da Constituição de 1988, impõe a consideração da posição alheia também na atuação privada. O nemo potest venire contra factum proprium, concebido como uma vedação ao comportamento incoerente dirigida à tutela de confiança, não é outra coisa senão um instrumento de realização deste valor constitucional. Há em certas palavras, direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio de proibição ao*

comportamento contraditório (**A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum propium. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 106).

Evidenciado, pois, que não ocorreu violação à lei, especialmente aos art. 128 e 460, do CPC.

B) Violação ao parágrafo único do art. 433 do CPC:

Neste ponto, a autora alega que *"a sentença rescindenda, para tentar justificar o acatamento integral às (falsas) conclusões alcançadas pelo perito do Juízo, houve por bem, durante outros expedientes ilegais, desconsiderar o laudo confeccionado pelo assistente técnico da autora, reputando-o extemporâneo."* (f. 24).

Assim dispõe o parágrafo único do art. 433 do CPC:

> *Art. 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.*
>
> *Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.*

Segundo consta da sentença, *"a manifestação da requerida sobre o laudo judicial foi apresentada FORA DO PRAZO JUDICIAL CONCEDIDO e os quesitos complementares (fls. 491) foram assinados por assistente técnico não habilitado nos autos, além de ser ele empregado da CESP. Deixo de determinar o seu desentranhamento do corpo dos autos, mas deixo também de considerá-los para efeito desta sentença"* (f. 661).

Em que pese a irresignação da autora neste ponto, a tempestividade do laudo apresentado não mudaria a conclusão daquele julgado.

É que o laudo complementar apresentado pelo assistente técnico não vincula a decisão judicial, sendo certo que o julgador não está obrigado a escolher entre um ou outro laudo, tendo o referido documento apenas cunho informativo.

Até porque, ao contrário do perito nomeado pelo juízo, pessoa de sua confiança e com capacidade técnica, os auxiliares procuram defender o interesse das partes.

Não bastasse isso, a então ré, aparentemente pretendia, com a apreciação de referido laudo, a manifestação da julgadora acerca da alegada inexistência da área, o que não mais prevalece, pois o recente laudo juntado a estes autos comprova, mais uma vez, de forma firme, que a área existia efetivamente.

Não se verifica, pois, violação ao art. 433, parágrafo único, do CPC.

C) Violação ao inciso II do art. 458 do CPC:

Entende a autora que houve violação ao referido dispositivo, pois, *"a sentença rescindenda não possui fundamento para inclusão das aludidas parcelas indenizatórias na condenação infligida à autora"* (f. 30)

Assim dispõe o inciso II do art. 458, do CPC:

> *Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:*
>
> *I – (...)*

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – (...)

Não houve violação do inciso II do art. 458, do CPC, pela ausência de fundamentação quanto à inclusão de danos hipotéticos dentre as parcelas indenizatórias na perícia judicial.

Anote-se e registre-se que a perícia somente é permitida pelo sistema processual se ela é imprescindível e a imprescindibilidade está atrelada à necessidade de conhecimento técnico para apuração de fatos. Este é o devido processo legal quanto a tal prova, previsto no art. 420[5], do CPC.

A relevância desta norma cogente (inciso I do art. 420, CPC) resulta na conclusão de que, se perícia houve, é porque a magistrada não tinha conhecimento técnico sobre o que seria periciado.

Não cabe ao juiz na sentença fazer as vezes de perito como se *expert* fosse. O juiz não pode vestir as vestes do perito para escrever e redigir a sentença, porque seu conhecimento técnico é estritamente jurídico.

Por essa razão não pode ser exigida fundamentação na sentença outra que não seja jurídica. Ora, se o magistrado se atém ao seu papel de dar direito a quem o tenha e o faz com base na lei (art. 126, do CPC, combinado com o art. 3.º, da LINDB), não carece de fundamentação e, portanto não se fala em violação ao inciso II do art. 458 do CPC a remissão do juiz ao laudo pericial.

Exigir do juiz que desça ao conhecimento do perito para elaborar a sentença neste ponto é exigir o impossível, o que não pode ser admitido.

A fundamentação exigida é jurídica, e neste caso, basta uma simples leitura, da sentença de f. 646-65 para se concluir que ela porta fundamento jurídico mais do que suficiente.

O fato de fazer remissão à perícia não importa em violação ao inciso II do art. 458 do CPC, porque o que se exige é o fundamento jurídico e, não, o fundamento técnico, que cabe com exclusividade ao perito/*expert*.

A fim de ficar inconteste de dúvidas se infere da sentença de f. 646-65 que houve enfrentamento das questões preliminares suscitadas, tais como, cerceamento de defesa, inépcia da inicial e prescrição (f. 650); após as preliminares, passou-se ao mérito à f. 651, com o enfrentamento da existência ou não das terras inundadas e tal questão foi decidida com base na regra do ônus da prova, corroborado tal entendimento com o laudo pericial (f. 652), e acosta jurisprudência do STF (f. 652) e cita legislação sobre o caso (Código Civil e Lei das Desapropriações). Em seguida, a sentença analisou a respeito dos terrenos reservados e faixa de proteção ambiental à f. 653, com a menção de jurisprudência do STF e fez abordagem histórico-econômica e jurídica (f. 654) com explanação quanto ao Estado Liberal. Neste ponto, assentou doutrina de Limongi França e de Hely Lopes Meirelles, norma do Código de Águas (art. 11) e jurisprudência do STJ. Após, abriu capítulo a respeito das indenizações (f. 658) onde se encontra farta doutrina (Hely Lopes Meirelles – Manoel Gonçalves Filho), jurisprudência (TJMS) e estudo dos elementos dos autos a respeito de sua existência.

Não houve ausência de fundamentação como alega a autora.

É certo que em relação ao *quantum debeatur* houve remissão ao laudo pericial mas, repita-se, o que exige o inciso II do art. 458 do CPC é o fundamento jurídico e, não, o fundamento técnico, caso contrário não haveria necessidade de perito.

5 Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável.

Ainda que se exija o fundamento técnico ao invés do jurídico, o que se anota apenas para argumento para afastar tal pretensão, ainda assim, nem de longe estaríamos diante de nulidade por ausência de fundamentação.

Explica-se.

Tema aberto pelos Tribunais reside na fundamentação da decisão por remissão ou indireta, ou seja, prolação de decisão acolhendo a fundamentação de outras peças do processo. Ao se abrir esta discussão, os tribunais pacificaram o entendimento pela inexistência de nulidade, porque fundamentação há, por remissão, e ela se encontra nos autos. Entendem que a ausência total de fundamental é que consiste fato gerador para a nulidade.

A título de ilustração, entendimento já expressado pelo Supremo Tribunal Federal é que a decisão que invoca súmula está fundamentada, pois basta ao interessado examinar os arestos em que esta se estriba para se saber quais os fundamentos do enunciado da Súmula (STF-RT 735/204). O Superior Tribunal de Justiçatambém já decidiu desta forma (Agravo de Instrumento n.º 105.409/MG. Relator Ministro Ari Pargendler).

Já pacificado, também, que acórdão que adota como razão de decidir os fundamentos de parecer oferecido por membro do Ministério Público, ainda que este não atue junto ao Tribunal prolator da decisão, não fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Recurso Extraordinário n.º 235.800/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão).

A consequência processual desta premissa é que, ainda que não houvesse fundamentação jurídica na sentença rescindenda (que não é o caso), ela fez exata remissão aos termos técnicos da perícia, e, portanto, basta a leitura da mesma para se entender o porquê daquela forma de pensar e decidir, sem que se fale em cerceamento de defesa.

Assim sendo e por tais premissas, rejeito a alegada violação do inciso II do art. 458, do CPC.

II – Falsidade de Prova e Erro de Fato (incisos VI e IX do art. 485, do CPC).

As duas pretensões serão analisadas em conjunto por portarem correlação fática e jurídica. São elas:

> *I – falsidade de prova em que se funda a sentença rescindenda (art. 485, VI, do CPC) sob alegação de que a sentença rescindenda, para decidir como decidiu, acolheu sem ressalvas o trabalho do perito do juízo onde conclui que da área rural matriculada em nome dos réus, 246,1208 hectares foram inundados pelas águas do Rio Paraná, sendo tal conclusão pericial absolutamente falsa e desprovida de qualquer fundamento fático ou técnico;*
>
> *II – que houve erro de fato (inciso IX do art. 485 do CPC), por ter admitido como existentes despesas, benfeitorias e lucros cessantes cogitados pelos réus, mas por eles não demonstrados.*

Anote-se como intróito que esta discussão ocorre no bojo de "*ação rescisória*". Não se trata de via recursal com devolução ampla, mas sim, ação excepcional cujas matérias apreciáveis são restritas e constantes do rol taxativo do art. 485, do CPC.

Em outras palavras: a cognição por extensão é limitada e o requerente desta ação excepcional não tem o bilhete de ingresso de alegar e requerer o que quiser. Esta é a norma cogente procedimental da

rescisória que é imposta às partes e ao magistrado, sob pena de vulneração ao mesmo tempo da coisa julgada (inciso XXVI do art. 5º da CF/88 combinado com o art. 6.º, da LINDB e com o art. 467, do CPC) e do devido processo legal (inciso LVII do art. 5.º da CF/88). Portanto, a parte pode alegar e este Tribunal analisar as hipóteses legais do art. 485 do CPC. Tão somente.

No presente caso, após o provimento do REsp n.º 1.290.177-MS (f. 1.761) interposto contra a decisão do Colegiado (f. 1.709 – Vol. VIII), que manteve decisão singular do então Relator, consistente no indeferimento da produção de prova pericial (f. 1.487-94 – Vol. VII), os autos retornaram à comarca de origem para realização de perícia técnica.

A perícia foi realizada, com participação efetiva de ambas as partes, tendo o laudo sido conclusivo, com afirmação da existência da área, nos seguintes termos:

> *"Diante da impossibilidade da equipe técnica efetuar o levantamento físico da área questionada, por estar submersa, não sendo facultado a esta equipe técncica elaborar hipóteses ou conjecturas, devendo suas conclusões lastrear em documentos legitimados e fatos efetivamente passíveis de comprovação objetiva e, considerando que a CESP, quando da desapropriação amigável reconheceu que área da Fazenda Nossa Senhora Aparecida correspondia a 2.701,00 ha em conformidade com o documento público representado pela matrícula do imóvel sob o n.º 328 e que a planta descritiva do polígono de desapropriação apresenta erros técnicos graves que comprometem a confiabilidade da mesma, CONCLUI-SE que houve efetivamente a inundação de uma área correspondente 247,1208 hectares superior à área desapropriada, que não foi indenizada da referida propriedade." (f. 1.891).*

Referida conclusão foi ratificada pela *expert* nos esclarecimentos que prestou em resposta a impugnação da autora (f. 2.049 – Vol. X):

> *"CONCLUI-SE que houve efetivamente a inundação de uma área correspondente 247,1208 hectares superior à área desapropriada, que não foi indenizada da referida propriedade"*

Assim, ao contrário do que alega a autora em sua inicial, o então perito do juízo – nomeado nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta - não inseriu dado sabidamente falso na prova pericial e o laudo técnico não foi incorreto, incompleto ou inadequado.

Ele fundou sua análise técnica, naquele momento, em nada mais, nada menos, do que o registro imobiliário, que é dotado de fé pública e regido pelo princípio da publicidade. Inclusive, o único documento em que o perito poderia validamente se apoiar é no registro público.

Conforme bem detalhado pelo laudo pericial acostado a estes autos, antes da realização da perícia, *"foi realizada reunião técnica com as partes no dia 30 de abril de 2014. Nesta reunião foi solicitado que as partes enviassem documentos, mapas, plantas, escrituras, etc que pudessem auxiliar na elucidação da questão objeto desta perícia, que basicamente, é verificar a existência ou não da área faltante à Fazenda Nossa Senhora Aparecida ou sua inundação.*

> *No mesmo dia, foi realizada visita à Fazenda Nossa Senhora Aparecida para verificação da propriedade e planejamento das atividades de campo subsequentes – levantamento topográfico da área remanescente. Nos dias seguintes à realização da reunião técnica com as partes, buscaram-se junto aos cartórios da região, as matrículas dos imóveis lindeiros à Fazenda Nossa Senhora Aparecida e realizou-se estudo preliminar dos autos do processo".* (f. 1.872 – Vol. IX).

E após análise de dados, a perita expôs, de maneira minuciosa (f. 1875-7), toda a cadeia dominial até chegar a matrícula n.º 328, da propriedade dos réus.

Às f. 1879, destaca que no ano de 1983, foi desmembrada da área maior (2.701,00 has), 1.868,57 hás., por meio de desapropriação amigável, sendo que a *"área desapropriada provém de Levantamento Aerofotogramétrico Cadastral da Bacia de Acumulação de Porto Primavera, realizado pela empreiteira AEROSUL S.A. a serviço da CESP (Companhia Energética de São Paulo)"*.

Significa dizer que a CESP aceitou como certa a área objeto da matrícula n.º 328, que consta ser de 2.701,00 has., ao realizar as desapropriações amigáveis (1.868,57 hás, devidamente averbados, e outros 28,91 hás., não averbados.). Mais que isto, pelo menos quando da desapropriação da primeira área (1.868,57 has.), baseou-se em levantamento aerofotogramétrico.,

De fato, a perita também esclarece que os pontos constantes na matrícula apresentam falhas e imprecisões decorrentes da tecnologia existente à época da confecção da mesma, fato que já havia sido ressaltado quando da realização da primeira perícia – realizado nos autos da ação de indenização ajuizada pelos ora réus. Nos esclarecimentos prestados pelo perito do juízo na referida ação, destacou que *"a maioria das escrituras antigas, não retirando o seu direito de legitimidade, as descrições são de forma imprecisas e muitos dos seus elementos como rumos e distâncias são omitidos.*"(f. 652).

Contudo, a perita deixa claro que a escritura pública de desapropriação e a matrícula de desapropriação *"apresentam as distâncias e rumos das linhas que formam o polígono de desapropriação de uma área de 1.868,57 hectares, caracterizada no memorial descritivo e planta de referência PP-IPR-D N. 27, destacada de uma área maior de 2.701,00 hectares."* (f. 1.884).

Não bastasse isso, também foi realizado levantamento topográfico da área remanescente da Fazenda Nossa Senhora Aparecida, que chegou a uma área de 5.513.580 m² ou 551,358 hectares, sendo que tal levantamento *"é muito próximo ao levantamento topográfico que baseou a planta da propriedade e área cadastrada junto ao INCRA e que indica que a propriedade apresenta 551,6108 hectares"*. (f. 1.888).

E assim, antes da conclusão já descrita, destacou a perita (f. 1889-90):

> *"Pelos documentos analisados pela equipe técnica* **afasta-se a hipótese levantada pela CESP da inexistência ou não da inundação da referida área**.
>
> *(...)*
>
> *No presente caso, tem-se que* **a matrícula n. 328**, *referente ao imóvel denominada Fazenda Nossa Senhora Aparecida,* **tem fé pública**, *sendo que equipe pericial, durante o trabalho, pesquisas e levantamentos efetuados,* **não encontrou qualquer indício que pudesse retirar a certeza e legitimidade dos dados constantes de referido registro.**
>
> *No presente caso, verificou-se que* ***a hipótese levantada pela CESP, decorre de seu próprio erro quando da elaboração do levantamento cadastral da área que seria desapropriada da Fazenda Nossa Senhora Aparecida. O fato das distâncias existentes no polígono de desapropriação divergir dos existentes na matrícula, forçosamente implicaria na época, na medição da área total da Fazenda Nossa Senhora Aparecida para verificação de necessidade de retificação da matrícula da mesma, uma vez que o polígono de desapropriação é posterior à matrícula – matrícula n. 328, data de 1976 e planta descritiva do polígono de desapropriação data de 1980".*** (destaquei).
>
> (...)
>
> *E mais, as mudanças e alterações de rumos e distâncias introduzidos pela CESP em*

> *referido documento teve como consequência prática a diminuição da área, o que evidencia que a área inundada de fato foi superior a área desapropriada.".*

Nesse contexto, o laudo pericial é conclusivo e tecnicamente esclarecedor ao afirmar que a área objeto da ação de indenização existe e está submersa sob as águas do Rio Paraná.

Se a autora discorda do entendimento do perito e dos dados do registro público, esta "*irresignação*" não cabe na hipótese do inciso VI do art. 485 do CPC, e muito menos do inciso IX do art. 485, do mesmo diploma.

Não cabe ação rescisória para melhor análise da prova dos autos originários, referentes à sentença rescindenda.

A conclusão da perícia realizada nos autos da ação de indenização e a realizada na presente rescisória é a mesma, o que afasta a alegação de prova falsa e de erro de fato.

Vale destacar, ainda, que ao tempo da desapropriação amigável, a CESP realizou levantamentos técnicos suficientes para, naquele momento, confirmar a veracidade da área descrita na matrícula, tanto é que em nenhum momento apresentou qualquer pedido de retificação de área, sendo certo, ainda, que a alegação que as técnicas utilizadas naquela época não serem tão modernas ou precisas, não torna razoável presumir que uma área de quase trezentos hectares não fosse percebida nos levantamentos realizado por seus técnicos.

Como base nisso, a perita destaca em parte de seus esclarecimentos às f. 2045 (Vol. X), que é *"impossível conceber que a CESP, empresa conceituada com larga experiência em questões de desapropriação de áreas e detentora de técnicas e equipes capacitadas e competentes, fosse tão ingênua que desconhecesse a necessidade do pedido de retificação de área. Também é inconcebível pensar que as diferenças existentes entre os levantamentos realizados pela CESP em relação à matrícula nº 328 tivessem passado despercebidas pela equipe técnica, que utilizou os métodos cartográficos mais modernos à época"*

Enfim, depois de exaustiva análise da presente ação, entendo que não há erro de fato, pois este tema foi enfrentado e decidido pela sentença de acordo com a prova ali coligida e, agora, aqui reafirmada.

A respeito do erro de fato leciona Nelson Nery Júnior [6]:

> *"Erro de fato. É aquele imperceptível, antes de tudo, nas inconciliáveis direções do fato e da sentença, implicando na falsa percepção dos sentidos, de sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente, e vice-versa".*

Tenho que o alegado erro de fato, em verdade é mero inconformismo, diga-se tardio, com o resultado daquela decisão, que sabidamente não dá substrato ao ajuizamento da rescisória, cujas únicas hipóteses estão elencadas no artigo 485 do Estatuto Processual.

Aliás, é bom que se registre esta alegação também foi realizada pela autora quando do recurso de apelação naquela ação originária, que deixou de ser analisado por esta Corte dada a desistência do recurso que ela ali formulou

Segundo a melhor doutrina, a Lei Processual Civil apenas admite a ação rescisória fundada em erro de fato quando haja "nexo de causalidade entre ele a sentença rescindenda. É necessário, em outras palavras, que um erro de fato tenha determinado o resultado da sentença. Afirma-se que há erro quando a sentença admitir fato inexistente, ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido" (Marinoni, Luiz Guilherme; Arenharth, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 653).

6 *In* **Código de Processo Civil Comentado**, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 684.

O fato da Juíza sentenciante ter considerado apenas o laudo pericial judicial, que confirmou a existência da área e atribuiu os valores a serem indenizados, não dá azo, por si só à procedência da rescisória por suposto erro de fato.

A propósito, os seguintes julgados do e. STJ:

> *DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REAJUSTE SALARIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REEXAME DE PROVAS APRECIADAS NA AÇÃO ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. A ação rescisória não é o meio adequado para corrigir suposta injustiça da sentença, apreciar má interpretação dos fatos, reexaminar as provas produzidas ou complementá-las. Precedentes do STJ.*
>
> *2. Hipótese em que o acórdão rescindendo, com base no conjunto probatório dos autos, considerou não-comprovada a ilegitimidade ativa do recorrente para perceber o reajuste de que trata a Lei Estadual 10.395/95, questão somente provada nos autos da ação rescisória, pelo que inviável seu reexame e a consequente desconstituição do julgado.*
>
> *3. Recurso especial conhecido e provido.* (REsp 924.012/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008):
>
> *AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. DESCABIMENTO.*
>
> *A ação rescisória não é sucedâneo de recurso não interposto no momento apropriado, nem se destina a corrigir eventual injustiça de decisão. Constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada.*
>
> *Pedido rescisório improcedente.* (AR 3.219/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/02/2007, DJ 11/10/2007, p. 282)

Também não há a alegada prova falsa, eis que, a prova produzida e existente nestes autos atesta a existência da área, tal qual naquela ação de indenização, e foi objeto de apreciação específica pela sentença.

Aliás, *"se a sentença puder sobreviver, ou seja, puder ser mantida no seu resultado, ainda que fundada em prova reconhecida como falsa, não há razão ara a desconstituição da coisa julgada"* (Marinoni, Luiz Guilherme; Arenharth, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 652).

Assim, independentemente do resultado daquele julgado, o certo é que a interpretação emprestada à matéria pela decisão rescindenda foi, no mínimo, razoável, baseando-se na prova carreada aos autos do feito originário. Nessa linha, a opção materializada no *decisum* retratou nada mais que a inata divergência presente na atividade jurisdicional ao eleger solução aceitável diante dos fatos e argumentos postos na ação originária.

Por fim, em sua impugnação acerca do laudo pericial, bem como no agravo regimental (0013947-78.2004.8.12.0000/50013) interposto contra a decisão deste relator que declarou encerrada a instrução, a CESP alega, em síntese (f. 1.956-66), que a elaboração do mosaico da área com base nos títulos primitivos

foi objeto de quesitação e que não teria sido respondido pela perita, sendo que tal documento seria indispensável para a aferição da falsidade da prova.

Equivoca-se a autora, pois, houve sim, resposta ao quesito formulado, sendo que a perita deixa claro às f. 1.893, que:

> *"a CESP não encaminhou referidas documentações para que pudesse permitir a confecção do levantamento solicitado.*
>
> *Ressalta-se que mesmo com a posse das matrículas, a elaboração do mosaico solicitado ainda ficaria prejudicado, pois os títulos primitivos não apresentam coordenadas geográficas para sua exata localização. A tecnologia e os métodos existentes na época, décadas de 1940 e 1950 não eram coordenadas, sendo comum a amarração dos pontos de divisa entre propriedades em pontos de referência como córregos e outros acidentes geográficos, o que demandaria a conferência física dos pontos de divisa, que a esta altura seria impraticável, visto que, grande parte das áreas encontram-se submersas, circunstância esta que implica na alteração da morfologia existente anteriormente e comprometimento dos pontos de referência."*

Não bastasse isso, nos esclarecimentos que prestou, após a impugnação da CESP, assim afirmou a perita (f. 2.046 – Vol. X - *sic*):

> *"Em relação ao mosaico enviado, por e-mail, pelos ilustres assistentes técnicos da CESP sob o nome Cadastro_Analrilandia_Mapa_CESPModel (Figura 24) esta perita tem a dizer que a análise do mesmo ficou prejudicada uma vez que o material enviado carece de informação básica da boa técnica cartográfica tais como escala, indicação de Norte, título e, principalmente legenda que permita identificar cada um dos elementos ali representados. Caso esta imagem representa-se apenas uma figura, como tantas presentes na perícia e nestes esclarecimentos, a mesma deveria vir acompanhada de algum texto explicativo que permitisse a real identificação dos elementos presentes na mesma para uma correta análise. Na ausência de legenda e de texto explicativo, a perita foi obrigada a inferir o que o desenho estava representando. (...)*
>
> *Portanto, a perita informa que não deixou de considerar este material. Simplesmente o mesmo não trazia nenhum novo esclarecimento, além dos demais já apresentados na perícia."*

Nesse contexto, em nenhum momento houve omissão da perita em relação ao quesito apresentado pela autora.

O mosaico, com base nos títulos primitivos das propriedades, não foi confeccionado por ausência de documentação crível e respeitada, mas, ainda que o fosse, o mesmo estaria prejudicado, por ausência de elementos técnicos precisos, conforme destacado pela perita no trecho acima destacado.

O mosaico de titulação apresentado pela CESP, extemporaneamente, às f. 2.159-76, não é capaz de afastar o laudo pericial juntado aos autos.

Mais que isto. Completamente imprestável, - mesmo que tivesse sido apresentada toda a documentação correspondente e fosse ele realizado pela perita -, porque se refere à titulação primitiva da área, e não da titulação dela decorrente até a ocasião da desapropriação.

É até absurdo duvidar-se da titulação dominial da época da desapropriação porque esta conteria erros cartográficos em razão da técnica rudimentar para descrever os pontos de amarração do perímetro, e acreditar-se em titulação primitiva, anterior àquela, quando tais técnicas eram ainda mais rudimentares.

Quanto mais quando se percebe que entre aquela titulação primitiva e a titulação existente na época da desapropriação, várias áreas foram desmembradas e eventualmente remembradas, sem que tenham sido juntadas as respectivas cadeias dominiais entre a titulação primitiva e aquela existente quando da desapropriação ou, mesmo, todos os levantamentos de áreas desapropriadas pela autora para a formação do reservatório da UHE Sérgio Motta.

Registro, ainda, que foram lançados nos autos três pareceres de eminentes Procuradores da Justiça deste Estado, Irma Vieira de Santana e Anzoategui, Silvio Cesar Maluf e Marigô Regina Bittar Bezerra, além do parecer oral do Procurador de Justiça Aroldo José de Lima, todos no sentido de julgar-se a ação rescisória improcedente, até porque ela não pode travestir-se de apelação.

Isto posto e pelo mais que dos autos consta, abro o juízo rescindendo, – *judicium rescindens* -, contudo, julgo improcedentes os pedidos de juízo rescisório - *judicium rescissorium* -, para julgar improcedentes os pedidos trazidos na petição inicial.

Condeno a requerente ao pagamento das custas e despesas processuais havidas, em honorários advocatícios que fixo em R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), com fulcro no art.20, § 4.º, do CPC, levando-se em conta que o feito tramita desde 2004 e que porta grande complexidade, além do árduo trabalho desenvolvido nos incontáveis incidentes originados por esta rescisória, e na perda, em favor dos requeridos, do depósito inicial.

Em caso de não haver recurso a que se atribua efeito suspensivo, permite-se o prosseguimento do cumprimento de sentença, hoje suspenso por força do Agravo Regimental n.º 0013947-78.2004.8.12.0000 (antigo 2004.013947-5/0001-00).

O Sr. Juiz. Jairo Roberto de Quadros (Revisor)

Acompanho o judicioso voto do Relator e acrescento os seguintes fundamentos:

I)

A autora da presente rescisória sustenta que a sentença rescindenda violou a disposição literal dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, porquanto teria fixado indenização maior do que a pleiteada na proemial da ação indenizatória por desapropriação indireta ajuizada por Santiago Soriano Estrela e Maria Figueiredo Soriano - ora réus - em desfavor de Companhia Energética de São Paulo – ora autora.

Consta do dispositivo da sentença rescindenda que:

> *"Assim, julgo procedente o pedido e condeno a CESP, ora requerida, a pagar aos autores a título de indenização por desapropriação indireta e lucros cessantes no valor de r$ 16.184.883,72 (dezesseis milhões, cento e oitenta e quatro mil oitocentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos), corrigidos monetariamente pelo IGPM a partir da perda da posse, acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano, estes devidos desde a efetiva perda da posse, em 01 de fevereiro de 2001, até o efetivo pagamento do preço."*

Para concluir pela quantia arbitrada a título de indenização, o Juízo da Comarca de Anaurilândia/MS amparou-se em laudo pericial que apresentou dois valores obtidos por métodos distintos.

Um dos métodos, denominado de comparativo, chegou ao valor indenizatório de R$ 1.602.395,28. O segundo, chamado de método involutivo, alcançou o montante de R$ 16.184.883,72.

A substancial diferença encontrada entre os dois métodos decorre dos critérios utilizados para se definir o valor da área desapropriada.

Para melhor elucidação acerca dos métodos de aferição de valor de imóvel, faz-se mister colacionar os apontamentos do *expert:*

> *"O método comparativo visa comparar o imóvel avaliando com outros imóveis que tenham a mesma destinação.*
>
> *O método involutivo visa obter o valor do imóvel através da implatação de um loteamento hipotético onde será considerado todas despesas de infa estrutura, administração e venda de lotes, bem como o prazo de implantação"*

O perito anotou que apresentaria avaliação pelos dois métodos, destacando, por fim, que *"a escolha de um dos métodos ficará a cargo deste Nobre Juízo".* Percebe-se da sentença rescindenda que o método adotado foi o involutivo.

A tese de violação aos artigos 128 e 460 da Lei Adjetiva Cível fulcra-se justamente na quantia indenizatória fixada pelo Juízo sentenciante, que fez opção pelo método involutivo para fundamentar seu *decisum*.

A autora sustenta que os réus, quando da proposição da ação de indenização, fizeram pedido certo e determinado, pleiteando a quantia indenizatória de R$1.733.914,53, de sorte que, ao escolher o método involutivo e fixar o montante em R$16.184.883,72, o juízo incorreu em julgamento *ultra petita.*

Pois bem. Como cediço, consoante princípio da congruência, deve o magistrado decidir a lide dentro dos limites objetivados pelas partes, o que, em um primeiro momento, poderia conduzir à conclusão de que, ao fixar valor superior ao consignado na proemial, a magistrada teria dado margem à configuração de sentença *ultra petita,* inobservando, como corolário, os dispositivos legais especificados pela autora.

Ocorre, porém, que em se tratando de indenização alusiva à desapropriação, como se verifica no caso versando, deve imperar dispositivo constitucional, mais precisamente o contido no artigo 5º, inciso XXIV.

Nesse contexto, ao fixar a indenização com amparo no valor apresentado no laudo pericial, o Juízo fez valer o preceito constitucional da justa indenização, insculpido no referido art. 5º, XXIV, da *Lex Fundamentalis*, que assim dispõe:

> *"Art. 5º. (...)*
>
> *XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;"*

Assim, nada obstante os ora réus tenham formulado nos autos da ação matriz pedido certo e determinado no que se refere ao *quantum* indenizatório, não se vislumbra, no caso enfocado, o julgamento *ultra petita,* máxime considerando que se o magistrado fundamenta sua decisão em laudo pericial que demonstra avaliação que exprime o real valor do bem, não se trata, nessa hipótese, de sentença *ultra petita,* porquanto a fixação do *quantum* indenizatório tem sustentáculo na necessária indenização justa, corolário do art. 5º, XXIV, da Carta Magna.

Nesse diapasão, aliás, já se pronunciou colendo o Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CUMPRIMENTO DE*

SENTENÇA. DECISÃO QUE ACOLHEU OS VALORES FIXADOS EM LAUDO PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE SEGUNDA PERÍCIA. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Segundo entendimento desta Corte, não configura julgamento ultra petita o acolhimento dos valores fixados em laudo pericial quando necessário à correta aferição do valor exequendo.

2. A análise referente à necessidade ou não de realização de uma segunda perícia, a fim de constatar a correção dos valores fixados na primeira, demanda a análise do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1482653/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014).

Destarte, conclui-se que, ao conceder indenização com base em valor apresentado no laudo pericial, ainda que maior do que o postulado pelos ora réus, a magistrada condutora do feito fez valer a aplicabilidade de normas constitucionais.

Dir-se-á, então, que o valor fixado seria injusto, razão pela qual cabível se afiguraria a rescisória mesmo sob a luz do dispositivo legal salientado alhures. Ocorre, todavia, que a via em tela não se presta, como mais adiante será abordado, para rever eventual injustiça da decisão rescindenda por suposto equívoco na apreciação da prova produzida no processo originário. Julgamento supostamente injusto, não autoriza o manejo da ação rescisória, mesmo porque não figura como sucedâneo de recurso.

II)

No que concerne ao pedido de rescisão fundado no art. 485, V, do CPC, em razão de suposta violação ao art. 458, II, da Lei Adjetiva Cível, voto com o relator, pois, neste ponto, também entendo ser injustificável o *judicium rescindens.*

A autora verbera que o *decisum* rescindendo não se encontra devidamente fundamentado, eis que *"houve por bem chancelar integralmente as conclusões alcançadas pelo aludido trabalho, adotando, sem qualquer temperamento, os valores e parâmetros ali sugeridos"*.

Estabelece o inciso II do art. 458 do Diploma Processual Civil:

"Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem."

De uma simples leitura da sentença rescindenda, inconteste que a ela não carece de fundamentação.

A autora visa desconstituir sentença transitada em julgado valendo-se de argumento que não se coaduna ao art. 485, V, do CPC, porquanto o fato de o *decisum* estar fundamentado em laudo pericial não acarreta violação ao art. 458, II, da Lei dos Ritos.

Como se sabe, *"a rescisão fundada no inciso V do art. 485 do CPC exige afronta direta ao texto legal, ou seja, o entendimento firmado na decisão rescindenda deve desprezar o sistema das normas aplicáveis."* (STJ, AR 1.619/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 25/02/2015, DJe 05/03/2015).

Portanto, não se conformado com a fundamentação lançada na sentença rescindenda, deveria a autora ter se utilizado, oportunamente, do recurso cabível à espécie, de sorte que, se assim não o fez, se torna inviável rediscutir a justiça do *decisum* por meio de ação rescisória, mormente porque "*a ação rescisória constitui remédio extremo, e assim não pode ser confundida com mero recurso"* (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Processo de Conhecimento. 6 ed., Revista dos Tribunais, 2007, p. 654).

Gize-se, a propósito, aresto oriundo do Tribunal da Cidadania:

> *"É manifestamente incabível a propositura de ação rescisória com o único intuito de obter a reinterpretação à luz do contexto dos autos e a reforma do julgamento proferido, por mero inconformismo da parte com a justiça da decisão, quando desvinculada a causa de pedir de quaisquer dos vícios a que se referem os incisos do art. 485 do CPC."* (AgRg na AR 5.159/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 19/08/2014).

Não pode a rescisória, pois, ser utilizada como sucedâneo de recurso, a ponto de possibilitar a rediscussão dos fatos, devendo limitar-se às hipóteses elencadas no taxativo rol estampado no art. 485 da Lei Adjetiva Civil. Trata-se de remédio extremo, não se prestando para o reexame da prova ou para a análise da justiça da decisão.

Gize-se, a propósito, o seguinte aresto, emanado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO RESCISÓRIA - NATUREZA EXCEPCIONAL - COGNIÇÃO - ALCANCE LIMITADO - ELEIÇÃO DE UMA DAS INTERPRETAÇÕES CABÍVEIS - OFENSA AO ARTIGO 458 DO CPC - NÃO OCORRÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DO EXIGIDO COTEJO ANALÍTICO E DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE OS JULGADOS.*
>
> *I - A ação rescisória possui natureza especialíssima e excepcional, restringindo-se ainda mais o alcance da cognição jurisdicional em recurso especial, em virtude de esta Corte possuir a missão de uniformizar a entendimento sobre a legislação federal infraconstitucional, ficando adstrita aos termos do Acórdão recorrido.*
>
> *II - Não há ofensa ao artigo 485, V, da lei processual civil quando o Acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma que não destoa da literalidade do texto de lei, ainda mais quando a pretensão recursal exige o revolvimento do quadro fático-probatório, encontrando óbice na Súmula 7/STJ.*
>
> *III - O dissídio jurisprudencial deve ser demonstrado com o exigido cotejo analítico entre os julgados mencionados, observada a similitude fática e jurídica, de modo que inviável o inconformismo apontado pela alínea "c" do permissivo constitucional sem o cumprimento de tais requisitos. Anote-se, ademais, que a simples transcrição de ementas não é bastante para a configuração da divergência." (AgRg no Ag 743.441/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 30/09/2008).*

III)

No tocante ao pedido de rescisão estribado nos incisos VI e IX do art. 485 do Código de Processo Civil, argumenta a autora que a sentença rescindenda se fundou em prova falsa, qual seja, o laudo pericial,

que concluiu, desprovido de qualquer fundamento fático ou jurídico, que a área de 246,1208ha foi inundada pelas águas do Rio Paraná.

Sustenta a existência de erro de fato, uma vez que a sentença rescindenda admitiu *"que os custos, despesas, benfeitorias e lucros cessantes arguidos pelos réus e por ele não provados existiriam"*.

Desnecessárias maiores digressões acerca do pedido de rescisão embasado no art. 485, VI, do CPC, na medida em que não há notícia nestes autos de que a sustentada falsidade tenha sido apurada e reconhecida em eventual ação penal, tampouco que dos autos da ação rescisória despontem, salvo questionamento que induziriam à valoração de provas, elementos concretos acerca da falsidade do laudo pericial produzido nos autos da ação matriz.

No caso *sub examine*, o autor objetiva, em verdade, imputar erro na valoração das provas pela magistrada condutora da ação indenizatória, o que é inadmissível na estrita via da ação rescisória.

Quanto ao pedido rescisório amparado no art. 485, IX, do Código de Processo Civil, de igual modo, carece de sustentáculo jurídico.

Com efeito, o § 1º do art. 485 do CPC dispõe que *"há erro quando a sentença admitir fato inexistente, ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido"* e, por sua vez, o § 2º reza que *"é indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato"*.

Nessa linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni explica que:

> *"A admissão da rescisória, neste caso, é subordinada aos seguintes requisitos: i) que a sentença esteja baseada em erro de fato; ii) que esse erro possa ser apurado independente da produção de novas provas; iii) que sobre o fato não tenha havido controvérsia entre as partes; e iv) que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato. Se o fato foi objeto de cognição mediante prova (ou seja, de valoração) no curso do raciocínio que o juiz empregou para formar seu juízo, não cabe rescisória." (*Processo de Conhecimento. 6ª ed., Revista dos Tribunais, 2007, p. 657).

Igualmente, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> *"Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes do autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo."* (REsp 784.166/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 13/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 259).

Como se vislumbra, não se afiguram satisfeitos os requisitos legais exigidos para que se rescinda a sentença em razão do erro de fato, porquanto houve controvérsia quanto aos fatos, tanto é que a sentença rescindenda se pronunciou sobre eles.

Assim, salienta-se que o erro de fato não decorre do acerto ou desacerto da sentença na apreciação das provas, de sorte que, por possuir natureza processual excepcional, a ação rescisória não se presta, por corolário, ao reexame de prova ou para análise da justiça do julgado, situações que, por imposição legal, deveriam ser impugnadas pela via recursal.

Destarte, para a ocorrência do chamado erro de fato, é necessária a apreciação equivocada sobre documento ou ato processual, não bastando a mera valoração divergente da interpretação dada pela parte.

Aliás, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ressaltam que:

> *"Injustiça da sentença e reexame da prova. A ação rescisória não se presta pra a correção de injustiça da sentença nem para reexame da prova (RT 541/236). É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses taxativas enumeradas em lei."* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., Revista dos Tribunais, p. 678).

Nesse tom, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Não cabe ação rescisória para rever a (in)justiça da decisão rescindenda por eventual equívoco na apreciação da prova produzida no processo originário. A esse respeito: AgRg no REsp 1.220.274/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/02/2011; AR 1.084/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 15/03/2010; AR 1.434/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 01/02/2010; AgRg na AR 4.325/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 25/11/2009."* (AgRg no Ag 1243684/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 16/03/2012).

> *"Imperioso, ainda, assentar que o julgamento supostamente injusto (error in judicando), não autoriza o manejo da Ação Rescisória, por isso que o fundamento da coisa julgada não é a justiça da decisão nem o seu conformismo com a verdade (pro veritate habetur), mas antes compromisso político com a segurança social."* (AgRg na AR 4.439/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22/09/2010, DJe 01/10/2010).

Diferente não é a posição deste Areópago:

> *"A ação rescisória não pode ser usada como substitutivo de recurso, a ponto de possibilitar a rediscussão dos fatos e reexame das provas, devendo ser procedente somente se estiver configurada as hipóteses do art. 485 do CPC."* (Ação Rescisória n. 2006.005262-9, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, Primeira Seção Cível, j. 23/10/06).

Não se conformando com resultado ou considerando injusta a decisão, poderia e deve a parte lançar mão do recurso cabível, não interposto oportunamente no caso presente.

A propósito, o posicionamento adotado por este Sodalício, por suas Seções Cíveis, conforme julgados abaixo, *in verbis:*

> *"AÇÃO RESCISÓRIA NULIDADE DO ACÓRDÃO PROLATADO EM AÇÃO INDENIZATÓRIA INTIMAÇÃO DE APENAS UM DOS ADVOGADOS DA PARTE AFASTADA ERRO DE FATO NÃO VERIFICADO IMPROCEDENTE.*
>
> *(...) 2. Não caracteriza "erro de fato", a ensejar a rescisão do acórdão, a inveracidade ou dissonância com o elenco probatório de assertiva inserida na decisão como simples "obiter dictum" ou reforço de argumentação."* (Ação Rescisória - N. 2006.011930-7/0000-00 – Campo Grande, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel, Quarta Seção Cível, julgamento: 27/04/2009).
>
> *"A ação rescisória não comporta a simples rediscussão dos fatos e provas, por não ser admitida como meio substitutivo do recurso apropriado, estando adstrita às hipóteses do art. 485 do CPC, cujo rol é taxativo."* (Ação Rescisória n. 2007.029922-0, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Terceira Seção Cível, j. 16.06.08).

Ante o exposto, acompanho o relator para julgar improcedente a presente ação rescisória.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (1° Vogal)

I.

Na data de 03 de Dezembro de 2004, há mais de 10 anos, portanto, a Companhia Energética de São Paulo – CESP, promoveu a presente Ação Rescisória em desfavor de Santiago Soriano Estrela e Maria Figueiredo Soriano, onde manifestaram a pretensão de rescindir a sentença proferida na data de 11 de agosto de 2002, nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta, processo n. 197/02, ajuizada pelos réus em face da autora.

Sustenta a autora que contra a r. sentença promoveu recurso de apelação, de cujo recurso, todavia, desistiu na data de 31 de agosto de 2004, renunciando, no mesmo ato, ao prazo recursal.

Diante do trânsito em julgado, promoveu esta ação rescisória, fundando-se nos seguintes fatos e fundamentos:

a) – que pela sentença da ação de indenização, houve julgamento de procedência do pedido indenizatório ali formulado, fixando o valor devido, em favor dos réus desta rescisória, autores daquela ação, em R$ 16.84.883,72, com incidência de correção monetária e juros moratórios e compensatórios sobre esse valor, desde 02.02.2001.

b) – a indenização se refere à perda, pelos autores da indenizatória, de uma área de aproximadamente 247,1208 hectares, que teria sido inundada pelas águas do reservatório da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta, também denominada Porto Primavera, cujas obras foram executadas pela autora, concessionária de serviço público federal, muito embora o pedido certo e determinado apontado pelos autores, naquela ação, tivesse sido de R$ 1.733.914,53.

c) – ocorreu, anteriormente ao ajuizamento da ação de indenização, a desapropriação amigável, pela CESP, de duas partes do imóvel dos autores daquela ação, aqui réus, correspondente a 1.868 ha. 5.700 m² em um primeiro momento, seguida depois de outra de 28 hás e 9.100 m², totalizando então a desapropriação amigável de 1.897,4800 hectares, de um total pertencente aos autores da indenizatória, de 2.701,00 hás, objeto da matrícula 328 do espelho imobiliário de Anaurilândia, MS, local de situação do imóvel.

d) – embora os autores da ação de indenização tenham formulado pedido certo pela desapropriação indireta – tendo em vista o alagamento – de 247,1208 hectares, ao realizar a prova pericial o perito concluiu que o valor a indenização deveria ser de R$ 16.184.883,72, valor encontrado pelo método *involutivo*, consistente na implantação que poderia ser feita naquele local de um hipotético loteamento, como se fosse tratar de uma área urbana e habitável, tudo isso na falsa suposição de que a área dos autores foi inundada, "*quando é certo que referida porção de terras não existe e nem se encontra embaixo d'agua"* (inicial, fls. 08, item 14).

e) – a perícia realizada é falsa, e na contestação a autora desta rescisória negou peremptoriamente os prejuízos reclamados pelos aqui réus, afirmando a inexistência da área inundada além dos limites fixados na desapropriação amigável outrora empreendia, por meio da qual os réus venderam e receberam o preço devido de 1897,48 hectares, isto porque o título aquisitivo dos réus não corresponde e nunca correspondeu à realidade física, pois se tratam de títulos distribuídos pelo Estado de Mato Grosso há mais de 50 anos, sem qualquer preocupação com medições, levantamentos topográficos, etc.

f) – o ônus de provar a existência da área havida por inundada como sendo maior do que aquela amigavelmente desapropriada era dos autores daquela ação, aqui réus.

g) – que opôs exceção de suspeição da juíza que julgou a ação de desapropriação, porque esta albergou, sem qualquer critério, restrição ou ressalva, todas as conclusões esposadas pelo perito do juízo, Engenheiro Agrimensor Luiz Gonzaga Bellosi, que cometeu inúmeros disparates na confecção daquele laudo, o qual avalia a existência de uma área alagada a mais de 247,1208 hectares, além da desapropriação amigável, pela simples comparação entre o saldo da área remanescente constante da matrícula, de 803,52 hectares e aquela mensurada *in loco*, de 556,3992 hectares, deixando de investigar, contudo, a efetiva existência e alagamento da parcelas de terras questionada.

h) – na fase de cumprimento de sentença os réus levantaram a quantia de R$ 4.246.055,10, até hoje não devolvidos à autora, apesar de haver determinação judicial nesse sentido e aponta a existência de parcialidade da magistrada que julgou a ação de indenização, tendo sido ela, inclusive, denunciada pelo Ministério Público por abuso de autoridade, redução à condição análoga a de escravo (três vezes), peculato, extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento, prevaricação (por dezesseis vezes), tráfico de influência, fuga de pessoas submetida à medida de segurança e exploração de prestígio (denúncia admitida em sede de recurso especial nº 305.285). Teve ela instaurado contra si, ainda, procedimento administrativo para apuração dessas irregularidades na condução do cargo e exercício de suas funções, apenada com remoção compulsória.

II.

Como fundamentos, a rescisória e em face de tais fatos, assim, lastreia-se em:

1. violação de literal disposição de lei, a saber, os artigos 128 e 460 do CPC, porque os autores da ação de indenização formularam pedido certo de indenização, no valor de R$ 1.733.914,53, mas a condenação final resultou em um valor de R$ 16.184.883,72, em valor superior ao pedido, o que revela a existência de sentença *extra petita*, nula portanto, ofendendo ao princípio da congruência (correlação entre pedido e sentença).

1.1. violação à literal disposição de lei, ainda, a saber, o artigo 433, parágrafo único, do CPC, que estabelece o prazo comum para apresentação do parecer dos assistentes técnicos, eis que, no caso, depois da perícia, o parecer do assistente técnico da aqui autora, lá ré, foi juntado no prazo na comarca de Bataguassu, via protocolo integrado, mas só chegou à Anaurilândia depois do prazo, tendo a juíza considerado apenas este último protocolo e, assim, não tomou em consideração o laudo apresentado pelo assistente técnico que desautorizava as conclusões lançadas pelo vistor judicial, notadamente a inexistência da área havida como faltante;

1.2. violação à literal disposição de lei, também, por ofensa à literal disposição do artigo 458, inciso II, do CPC, por ser a r. sentença carente de fundamentação quanto à inclusão de danos hipotéticos dentre as parcelas indenizatórias que concede aos réus.

2. falsidade da prova em que se funda a sentença, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, que estabelece a possibilidade de rescisória quando a sentença tenha sido fundada em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória, e, para tal hipótese, o artigo 492 do CPC prevê a possibilidade de dilação probatória nos autos da ação rescisória.

Sob esse dispositivo, argumenta a CESP que a falsidade da prova produzida pelo perito revela-se, sobretudo, "*pelo fato de que sua conclusão foi alcançada por simples cálculo aritmético, considerando, apenas e tão somente, a extensão de terras verificada fisicamente na fazenda dos réus e a porção apontada pela respectiva matrícula. Tendo ele atingido resultado negativo, houve por bem, sem qualquer respaldo técnico ou fático, imputar a diferença faltante à formação do lado da mencionada usina hidrelétrica, como se, necessariamente, fossem as águas do reservatório responsáveis pela inexistência dos 247,1208 hectares*".

Salienta que na apelação cível apresentada contra a sentença, da qual depois desistiu, encomendou o parecer de dois peritos que atestam a inexistência da área apontada pelo perito do Juízo e pela própria sentença rescindenda.

3. existência de erro de fato, fundamento do artigo 485, IX, do CPC, eis que a sentença rescindenda esposou as conclusões do laudo pericial sem qualquer substrato fático, admitindo como existentes despesas, benfeitorias e lucros cessantes cogitados pelos réus da presente ação (ali autores), mas por eles não demonstrados, agregando ao *quantum* indenizatório o valor estimado pelo referido trabalho pericial para tais elementos e ao assim agir, a juíza sentenciante adotou o laudo por negligência ou má-fé, eis que não foram produzidas quaisquer provas de que tais custos, despesas, benfeitorias e lucros cessantes existiriam.

Assim, aduz, "*ao estabelecer como devidas verbas indenizatórias que não foram demonstradas nos autos, laborou a sentença rescindenda em inequívoco erro de fato, amoldando-se, assim, à hipótese legal prescrita pelo § 1º do art. 485 do CPC, vez que admitiu como existente fato que concretamente não existiu*".

Requereu, assim, a procedência do pedido para rescindir a sentença proferida na ação de desapropriação indireta n. 197/02, movida pelos réus em face da autora, a fim de que novo julgamento seja proferido pela instância singela, ou, se se entender pela possibilidade de se exercer o juízo rescindendo, proferir novo julgamento para julgar improcedentes os pedidos formulados pelos réus na mencionada ação indenizatória.

III.

Após instruído o feito, na sentença a juíza assim abordou os fatos da causa, como se constata na reprodução de fls. 649/665:

> *"(...) O primeiro item do conflito de interesses entre as partes se refere à existência ou não de uma área de terras dos autores de 279,63 hectares que teriam sido inundados pelo reservatório da UHE de Porto Primavera, pertencente à CESP, sem a devida indenização.*
>
> *Fato incontroverso é que a CESP desapropriou amigavelmente dos autores, em 11 de julho de 1983 (escritura de fls. 144-151), área de terras de 1.868,57 hectares destacada de uma área maior de 2.701,00 hectares, denominada Fazenda Nossa Senhora Aparecida, conforme matrícula 328 do Cartório de Registro de Imóveis de Bataguassu, localizada neste município e comarca e ainda, da mesma fazenda, 28,91 hectares, na segunda etapa do empreendimento. Esta desapropriação ainda não foi averbada no RGI.*
>
> *Os autores alegam que tinham 2.701 hectares e foram desapropriados amigavelmente em 1.868,57+28,91 hectares, ou seja: 1.897,48 hectares, que descontados da área inicial, deveria existir um remanescente de 803,52 hectares. Mas, ao efetuarem um levantamento topográfico para implantação de um projeto turístico, verificam que só remanesciam 552,79 hectares, faltando portanto 279,63 hectares que, por sua lógica, foram engolidos pelo reservatório.*
>
> *A CESP impugna esta pretensão, dizendo que esta área jamais existiu fisicamente, apenas no papel, levantando a hipótese de sobreposição de títulos, pois o originário era do Estado do Mato Grosso ao pai do autor, na ocasião em que tais domínios eram adquiridos sem uma medição precisa.*
>
> *Enquanto fato modificativo do direito dos autores, competia à contestante provar que a área reclamada existia apenas no papel, o que não aconteceu, existindo nos autos prova inconteste de que a área faltante existia no interior da Fazenda dos autores antes da inundação.*

A Fazenda dos autores tem origem numa ação de divisão judicial, como se vê da Certidão de Registro de fls. 27. Ora, o título dos autores é documento público, com presunção de idoneidade até prova em contrário. Não é lógico se admitir que, numa ação de divisão de condomínio, os autores aceitassem uma área fictícia, ou que não existia fisicamente, como alega a CESP. Se houvesse sobreposição de títulos e área não existisse fisicamente, tal fato não passaria despercebido na divisão judicial operada e o título original dos autores não seria de 2.701,00 hectares.

A área de 2.701,00 hectares da Fazenda Nossa Senhora Aparecida no ano de 1983 era incontroverso, tanto que a CESP em vários momentos da escritura Pública de Desapropriação amigável (fls. 144-151), concordou que desapropriava 1.868,57 hectares desmembrados de uma área maior de 2.701,00 hectares, como se vê naquele contrato.

Além disso, as fotos de satélite de antes e depois da inundação trazidas pelo perito judicial (fls. 506 e 504) demostram muito bem a nitidez da divisa de 2.701,00 hectares da Fazenda N. Sra. Aparecida, dos autores e a perda da área objeto do presente litígio.

O laudo pericial é absolutamente seguro em afirmar que a área existe fisicamente e foi tomada pelas águas do reservatório da usina da CESP, ora requerida.

Assim, estamos diante do ato ilícito da administração pública, consistente no esbulho de propriedade particular, sem a devida indenização.

(...) Assim, neste caso concreto, uma vez já afastados os vícios processuais e reconhecida a existência da área e do esbulho perpetrado, fica a lide limitada e circunscrita ao valor a indenização devida pelos imóveis e benfeitorias existentes na área de 279,63 hectares não desapropriada, de parte da Fazenda Nossa Senhora Aparecida, inclusive área reservada do Rio Paraná (Código de Águas – Decreto 24.643/34), ou seja, dentro de 15 metros de margem do rio, dano emergente e lucros cessantes, além do dano moral, tudo com juros e correção monetária.

(...) A área expropriada é de elevado valor econômico, principalmente pelo potencial turístico advindo da localização privilegiada na foz do Córrego três Barras, de extraordinária beleza natural e paisagística que, com a formação do grande lago, trouxe aos autores a condição jurídica e de fato de implantar no remanescente, depois das desapropriações amigáveis, um arrojado empreendimento turístico e de lazer.

Por ocasião da formação do reservatório, os autores iniciaram estudos e custearam um projeto de Hotel Fazenda de Lazer, como se vê às fls. 42-48 dos autos, face ao potencial econômico e turístico da área remanescente, potencial que foi reconhecido pelo perito do juízo.

Além disso, já existem dois projetos de loteamento à beira do lago próximo à área dos autores, na propriedade de Gilson Araújo, de total sucesso imobiliário, sendo o primeiro com a venda dos lotes em tempo recorde e o segundo em andamento, servindo este de paradigma para a implantação de loteamento na área perdida pelos autores, esta de características superiores, em termos de localização e beleza natural e, ainda, da proximidade com o hotel fazenda que viria a ser construído.

Estamos diante da figura jurídica dos lucros cessantes, que no caso em apreço advêm da perpetração de ato ilícito pelo Estado, qual seja, o esbulho administrativo. Lucros cessantes são modalidades do dano ou do prejuízo, cumprindo açambarcar aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar. Aquilo que efetivamente perderam os autores foi a área de terras e suas benfeitorias. O que deixaram de lucrar com o remanescente que deveria existir, estes constitui o lucro cessantes, que engloba

> *"não apenas o que se estancou, mas também o que não mais será auferido"* (Limongi França, Manual de Direito Civil, Vol IV, T.I., P. 156; Agostinho Alvim, Da inexecução das Obrigações)

Diante dos princípios constitucionais em vigor, não se admite que os expropriados deixem de ser plenamente recompostos na sua condição jurídica anterior, notadamente em caso de esbulho administrativo perpetrado pela requerida.

Com efeito, a indenização deve compensar os prejuízos dos autores com a perda da área para os projetos, de modo a cobrir o valor do objeto da expropriação e os lucros cessantes, pois, na desapropriação, devendo a indenização ser justa, não pode deixar de abranger os lucros cessantes.

Segundo o mestre Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, p. 505-6:

> *"Indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como também danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento de seu patrimônio".*
>
> *Portanto, o valor justo do imóvel no caso de desapropriação é aquele que recompõe, exatamente, o que se colocava no patrimônio do expropriado e que lhe foi desfalcado.*
>
> *O real preço do mercado imobiliário constitui o valor do preço justo.*
>
> *Nestes autos, da prova documental acostada pelas partes e a perícia, sobressai o documento de fls. 41, cópia de acordo em ação semelhante proposta na Comarca de Brasilândia, em que a CESP pagou toda a importância apurada pela perícia, em projeto turístico lá existente.*
>
> *Apesar do laudo apresentado não vincular a julgadora, que pode repelir todas as conclusões que não forem convincentes e seguras, tenho que o trabalho do "expert" é irretocável.*
>
> *Para o trabalho, utilizou-se o perito de dois métodos: comparando-o a outros que tenham a mesma destinação, no caso, a agropecuária e no segundo, com a projeção do empreendimento imobiliário a que os autores se lançavam, de loteamento de lazer com infraestrutura, administração e vendas do empreendimento imobiliário (aqui considerados como lucros cessantes) utilizando como paradigma também outros projetos similares existentes no região.*
>
> *Ao avaliar a terra e as benfeitorias e realizar a projeção do empreendimento imobiliário, expôs detalhadamente os critérios adotados, que espelharam com fidelidade os preços de mercado da região.*
>
> *Utilizando-se do método comparativo, desde que a área fosse exclusivamente destinada para atividade agropecuária da fazenda, considerou as benfeitorias, lucros cessantes, translado de gado e reflorestamento da reserva legal, atribuiu ao imóvel o valor de R$ 1.602,392,28, em maio de 2003.*
>
> *Já com o método involutivo, além do considerado utilizando-se do método comparativo, avaliou os lucros cessantes consistentes no que os autores deixaram de ganhar (em função da ocupação) com a frustação ou diminuição do potencial do empreendimento imobiliário e turístico e atribuiu ao imóvel o valor de R$ 16.184.883,72.*

A manifestação da requerida sobre o laudo judicial foi apresentada fora do prazo judicial concedido e os quesitos complementares (fls. 491) foram assinados por assistentes técnicos não habilitado nos autos, além de ser ele empregado na CESP. Deixo de determinar o seu desentranhamento do corpo dos autos, mas deixo também de considerá-los para efeito desta sentença.

No entanto, o laudo complementar apresentado pelo Engenheiro Avaliador do Juízo é muito elucidativo e reforça o nosso convencimento de que o princípio da plena recomposição só estará atendido com a adoção do laudo de avaliação pelo método involutivo.

Na desapropriação, é preciso não perder de vista que o poder público deve recompor plenamente a anterior condição do expropriado.

Por isso, a crítica lançada pelo assistente técnico da CESP ao subscritor dos mapas (fls. 76) de "apócrifos" e aquelas no sentido de reduzir os valores apurados pelo perito oficial deveria vir justificada e perfeitamente amparada em provas. Não basta criticar o laudo, é preciso justificar a divergência. Crítica desprovida de fundamentação e de prova, não é suficiente para modificar a conclusão pericial ou o convencimento do Juízo.

Impõe-se a prevalência do laudo do Perito Judicial uma vez que não contém elementos ou fatos tendentes a torná-lo desvalioso.

Inexiste justificativa legal para que seja desconsiderado o laudo judicial elaborado pelo Engº Luiz Gonzaga Bellozi, renomado profissional que presta serviços a todos os juízes estaduais do Vale do Rio Paraná e especialmente quando não há e nunca houve controvérsia quanto a sua idoneidade profissional e as suas conclusões estão embasadas em dados concretos e seguros.

Nesta comarca, em outras ações de desapropriação temos acolhido os patamares alcançados pela avaliação que adota o método comparativo, quando a destinação natural da propriedade é apenas para a agropecuária.

No caso em apreço, trata-se de uma situação geográfica peculiar: a área dos autores está localizada num lugar de excepcional beleza natural na foz do Córrego Três Barras com o Rio Paraná, hoje reservatório da UHE Sérgio Motta, cuja convocação econômica é do ecoturismo e lazer.

Tal empreendimento imobiliário, ao contrário do que sustenta a CESP, não teria como clientela potencial a comunidade de Anaurilândia, mas sim, toda a região do Vale do paraná e Ivinhema, além do Oeste Paulista. O Projeto hoteleiro, idem, teria como público alvo clientela das agências de turismo das capitais e cidades de todas as regiões.

Se o preceito constitucional condiciona a desapropriação à justa e prévia indenização e o art. 23 do Dec-lei 3.365/41 determina a avaliação do imóvel quando não houve concordância expressa quanto ao preço (o valor atribuído à causa foi até objeto de recurso desacolhido), jamais será decisão extra-petita aquele que, em sede de desapropriação, acolhendo a avaliação do perito judicial, fixa a condenação em valor diferente daquele atribuído à causa, uma vez que se assenta na natureza especial do procedimento e no princípio constitucional da justa indenização.

Assim, o valor justo para a plena recomposição do desfalque sofrido pelos autores com o esbulho administrativo perpetrado é aquele atribuído pelo Perito Judicial ao adotar o método involutivo, que contempla inteiro a ideia do pagamento, além do valor do imóvel, despesas, benfeitorias, aquilo que eles deixaram de ganhar com a perda da propriedade, qual seja: R$ 16.184.883,72.

Tal valor deve ser atualizado a partir do fato do desapossamento administrativo que se deu a partir de 01 de Fevereiro de 2001 como pedem os autores e não como diz a CESP, em sede de contestação, em 11 de julho de 1983 (fls. 98-99), há vinte anos - o que elevaria a indenização a valores estratosféricos. Para que se atenda ao dispositivo constitucional da indenização prévia (art. 5º, XXIV), é a partir da efetiva perda da posse que deve incidir a correção monetária.

O índice de correção a ser aplicado deverá ser o IGPM, por ser o mais fidedigno para traduzir a preservação do valor real da moeda, conforme jurisprudência pacificada no Alto Pretório Estadual.

Assim, julgo procedente o pedido e condeno a CESP, ora requerida, a pagar aos autores a título de indenização por desapropriação indireta e lucros cessantes no valor de R$ 16.184.883,72, corrigidos monetariamente pelo IGPM a partir da perda da posse, acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano, estes devidos desde a efetiva perda da posse, em 01 de fevereiro de 2001, até o efetivo pagamento do preço."

IV.

Embora devidamente intimado o advogado constituído nos autos dos termos da sentença, houve o trânsito em julgado na data de 03.09.2003, pela pela ausência de recurso, como certificado às fls. 667- verso (4º volume).

Inobstante essa circunstância a CESP, agora por novo advogado, apresentou o recurso de apelação de fls. 713/750.

Saliento que nesse recurso, pelo que pode se ver de seu teor, a CESP levantou uma preliminar de nulidade da sentença pela intimação feita na pessoa de advogado que não teria, ao tempo da sentença, poderes para receber a intimação (Carlos Eduardo Cury), porque, na data de 17 de julho de 2003 a apelante juntou nos autos petição conferindo novo mandato para novos procuradores, com poderes para atuar no feito, o que tornaria aquela intimação, assim, nula e, consequentemente, tempestivo o recurso de apelação então ofertado.

Teceu, inclusive, longas considerações a esse respeito, como se infere da petição de recurso de apelação, em especial às fls. 715/720, procurando mostrar a nulidade da intimação da sentença, a inexistência de trânsito em julgado na data de 03.09.2003 e a tempestividade do apelo então ofertado.

Nessa oportunidade, inclusive, juntou diversos documentos, reproduzidos nesta rescisória às fls. 751 (4º volume) a 969 (5º volume).

E nessa mesma apelação, ainda, a CESP levantava como questões a nulidade da sentença pela parcialidade da sua subscritora (fls. 725/732; a existência de *sentença ultra petita*, com vulneração do *princípio da adstrição da sentença ao pedido inicial (fls. 732/735);* a inclusão, na indenização de *danos hipotéticos*, atacando, aí, o denominado método involutivo contido no laudo pericial para estabelecer o valor da indenização que foi aquele acolhido pela sentença (fls. 735/739); a nulidade da sentença, ainda, por desconsideração ao laudo confeccionado pelo assistente técnico da apelante (fls. 739/741); a desvalia do laudo pericial porque a área encontrada é maior do que a área que resultaria da diferença entre o que se encontra matriculado e o que foi objeto de desapropriação amigável; a exorbitância do *quantum indenizatório*, por avaliar dano hipotético, o que violaria o princípio da justa indenização (fls. 745/74). Ao final pleiteou a cassação ou reforma da sentença apelada para julgar improcedentes os pedidos iniciais (fls. 749).

Inobstante esses argumentos – muitos dos quais confundindo-se com os argumentos contidos nesta Rescisória - a CESP veio a desistir do recurso de apelação então interposto (processo nº 2004.001007-9),

quando já se encontrava pautado para julgamento, como se infere do documento de fls. 1.012/1018, na data de 31.08.2004.

Subsequentemente, houve o ajuizamento da presente rescisória.

V.

Feito esses esclarecimentos, passo ao exame da rescisória, depois de o e. Relator ter apresentado substancioso voto julgando improcedente os pedidos contidos na inicial, enfrentando um a um os pontos suscitados na inicial e acima discriminados.

Desde já saliento que acompanho o e. relator – sem declaração de voto para além das razões já apresentadas por ele – nas questões relativas às alegações de violação à literal disposição de lei, ainda, a saber, o artigo 433, parágrafo único, do CPC, e, ainda, violação à literal disposição de lei, também, por ofensa à literal disposição do artigo 458, inciso II, do CPC, nada sendo de se acrescentar às suas razões, bem assim como àquelas apresentadas, também, pelo douto Juiz convocado a Desembargador, Dr. Jairo Quadros que, como revisor, também apresentou substancioso voto, ao qual estou também aderindo, por amor à brevidade e para evitar tautologia.

Delibero, contudo, estender as razões de improcedência dos pedidos contidos na inicial em relação aos demais pontos debatidos pela autora da presente ação rescisória.

VI.

1.

Quanto à alegação de violação de literal disposição de lei, a saber, dos artigos 128 e 460 do CPC; falsidade da prova em que se funda a sentença, nos termos do artigo 485, VI, do CPC e existência de erro de fato, fundamento do artigo 485, IX, do CPC, teço as considerações adiante, endossando e reafirmando o entendimento já exarado pelos eminentes desembargadores que me antecederam em seus votos nesta Sessão de julgamento.

1.1.

Afirmo inicialmente que é cediço que o suporte fundamental de todo o ordenamento jurídico se assenta, sem sombra de dúvida, no instituto da coisa julgada, no ato jurídico perfeito e no direito adquirido, nos quais, em face de seus propósitos ideológicos, encontra-se a ideia de oferecer segurança jurídica e paz social a todos os jurisdicionados, eis que põe fim, no plano jurídico, ao conflito de interesses submetido à apreciação do Estado. [7]

Todavia, o Legislador, atento à possibilidade da existência de contaminantes indesejáveis, por cautela e exceção, criou a possibilidade de se perseguir a anulação da decisão que, embora transitada em julgado, tenha sido inoculada por determinado vício dentre aqueles previstos na legislação processual em vigor (art. 485).

Assim, concebido esse propósito, criou-se a ação rescisória que, longe de ser recurso, é ação autônoma de impugnação, verdadeira ação de invalidação da sentença passada em julgado, desde que fundada em um dos permissivos descritos na lei processual.

7 Quando há patologia no processo, que contamina e vicia a sentença, não se operando a validade da formação da coisa julgada, essa patologia, na realidade, impede que a coisa julgada se forme validamente, e é por isto que a rescisória desconstitui a própria sentença e, por arrastamento, a coisa julgada que, de rigor então, não se formou. Não fosse assim, a coisa julgada não poderia ser desfeita, nem mesmo por via dessa modalidade de ação.

Impõe-se assim o atendimento não só o atendimento às exigências pertinentes às ações em geral, mas e precipuamente aos seus pressupostos específicos de admissibilidade, quais sejam, existência de sentença de mérito transitada em julgado e configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade elencados no artigo 485 do CPC.

O Professor Barbosa Moreira, que dispensa apresentações, todos nós o conhecemos, ao tratar especificamente da ação rescisória, apontou que quatro são os pressupostos para verificação no caso de um dos fundamentos desta ação rescisória, que é o erro de fato, a saber:

> **"***a) - que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;*
>
> *b) - que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;*
>
> *c) - que "não tenha havido controvérsia" sobre o fato (§ 2º);*
>
> *d) - que sobre ele tampouco tenha havido "pronunciamento judicial" (§2º)".*[8]

1.2.

Acontece que, no caso específico da presente ação rescisória, as questões colocadas em discussão contra a suposta inexistência ou existência da área, depois da inundação, foi objeto de debate entre as partes na ação de origem.

Ali, na sentença, a juíza estabeleceu de forma muito clara e expressa, quanto à existência efetiva da área objeto do alagamento e não coberto pelo pagamento da indenização respectiva, que:

> *"(...) O primeiro item do conflito de interesses entre as partes se refere à existência ou não de uma área de terras dos autores de 279,63 hectares que teriam sido inundados pelo reservatório da UHE de Porto Primavera, pertencente à CESP, sem a devida indenização.*
>
> *Fato incontroverso é que a CESP desapropriou amigavelmente dos autores, em 11 de julho de 1983 (escritura de fls. 144-151), área de terras de 1.868,57 hectares destacada de uma área maior de 2.701,00 hectares, denominada Fazenda Nossa Senhora Aparecida, conforme matrícula 328 do Cartório de Registro de Imóveis de Bataguassú, localizada neste município e comarca e ainda, da mesma fazenda, 28,91 hectares, na segunda etapa do empreendimento. Esta desapropriação ainda não foi averbada no RGI.*
>
> *Os autores alegam que tinham 2.701 hectares e foram desapropriados amigavelmente em 1.868,57+28,91 hectares, ou seja: 1.897,48 hectares, que descontados da área inicial, deveria existir um remanescente de 803,52 hectares. Mas, ao efetuarem um levantamento topográfico para implantação de um projeto turístico, verificam que só remanesciam 552,79 hectares, faltando portanto 279,63 hectares que, por sua lógica, foram engolidos pelo reservatório.*
>
> *A CESP impugna esta pretensão, dizendo que esta área jamais existiu fisicamente, apenas no papel, levantando a hipótese de sobreposição de títulos, pois o originário era do Estado do Mato Grosso ao pai do autor, na ocasião em que tais domínios eram adquiridos sem uma medição precisa.*

8 Cfe. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil.** Editora Forense, 14ª. ed., 2008, Volume 5, p.149.

Enquanto fato modificativo do direito dos autores, competia à contestante provar que a área reclamada existia apenas no papel, o que não aconteceu, existindo nos autos prova inconteste de que a área faltante existia no interior da Fazenda dos autores antes da inundação.

A Fazenda dos autores tem origem numa ação de divisão judicial, como se vê da Certidão de Registro de fls. 27. Ora, o título dos autores é documento público, com presunção de idoneidade até prova em contrário. Não é lógico se admitir que, numa ação de divisão de condomínio, os autores aceitassem uma área fictícia, ou que não existia fisicamente, como alega a CESP. Se houvesse sobreposição de títulos e área não existisse fisicamente, tal fato não passaria despercebido na divisão judicial operada e o título original dos autores não seria de 2.701,00 hectares.

A área de 2.701,00 hectares da Fazenda Nossa Senhora Aparecida no ano de 1983 era incontroverso, tanto que a CESP em vários momentos da escritura Pública de Desapropriação amigável (fls. 144-151), concordou que desapropriava 1.868,57 hectares desmembrados de uma área maior de 2.701,00 hectares, como se vê naquele contrato.

Além disso, as fotos de satélite de antes e depois da inundação trazidas pelo perito judicial (fls. 506 e 504) demostram muito bem a nitidez da divisa de 2.701,00 hectares da Fazenda N. Sra. Aparecida, dos autores e a perda da área objeto do presente litígio.

O laudo pericial é absolutamente seguro em afirmar que a área existe fisicamente e foi tomada pelas águas do reservatório da usina da CESP, ora requerida.

Assim, estamos diante do ato ilícito da administração pública, consistente no esbulho de propriedade particular, sem a devida indenização.

(...) Assim, neste caso concreto, uma vez já afastados os vícios processuais e reconhecida a existência da área e do esbulho perpetrado, fica a lide limitada e circunscrita ao valor a indenização devida pelos imóveis e benfeitorias existentes na área de 279,63 hectares não desapropriada, de parte da Fazenda Nossa Senhora Aparecida, inclusive área reservada do Rio Paraná (Código de Águas – Decreto 24.643/34), ou seja, dentro de 15 metros de margem do rio, dano emergente e lucros cessantes, além do dano moral, tudo com juros e correção monetária.

Os autores alegam que tinham 2.701 hectares e isso é importante. Ali estava discriminado, nos documentos constantes da inicial, que os autores eram detentores do direito de propriedade sobre 2.701 hectares e a CESP teria feito a desapropriação amigável – e fez a desapropriação amigável – de 1.897 hectares, restando então, supostamente, e teria que restar, 803,52 hectares.

Todavia, diz a sentença, "*ao efetuar o levantamento topográfico para a implantação de um projeto turístico"* – e veja-se aqui o que a sentença fala – referindo-se já à causa de pedir constante da inicial (evidentemente daquela ação de desapropriação indireta) *verificaram que só remanescia 552,79 hectares*, faltando, portanto, os 279 hectares que foram o objeto daquela ação de indenização proposta e decidida pela juíza de então.

A CESP, veja-se o que está na sentença, impugna essa pretensão, dizendo que essa área jamais existiu fisicamente.

Então, houve um debate, em primeiro grau – depois decidido pela sentença – sobre se a área existia ou não existia.

E a juíza, na continuidade da leitura da sentença, entendeu que essa área existia, com fundamento no laudo pericial trazido aos autos por força da perícia judicial, em contraposição, é verdade, ao parecer técnico que foi juntado e que supôs a juíza que tal ocorreu intempestivamente.

Tempestivo ou intempestivo esse parecer da assistente técnica da CESP, o juiz, diz o artigo 436 do Código de Processo Civil, *não está adstrito ao laudo pericial podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.*

Então, não estaria adstrito sequer, também, de rigor, aos termos da impugnação feita – ainda que tempestiva – nos termos do parecer técnico, de que a área não seria existente. O perito disse que era existente.

1.3.

Observo da leitura da sentença, contudo, que a douta magistrada de primeiro grau também enfrentou a questão da fixação do preço e refutou o parecer técnico da CESP, ao assim afirmar, destacando parte do trecho da sentença acima transcrita:

> *"(...) Por isso, a crítica lançada pelo assistente técnico da CESP ao subscritor dos mapas (fls. 76) de "apócrifos" e aquelas no sentido de reduzir os valores apurados pelo perito oficial deveria vir justificada e perfeitamente amparada em provas. Não basta criticar o laudo, é preciso justificar a divergência. Crítica desprovida de fundamentação e de prova, não é suficiente para modificar a conclusão pericial ou o convencimento do Juízo.*
>
> *Impõe-se a prevalência do laudo do Perito Judicial uma vez que não contém elementos ou fatos tendentes a torná-lo desvalioso.*
>
> *Inexiste justificativa legal para que seja desconsiderado o laudo judicial elaborado pelo Engº Luiz Gonzaga Bellozi, renomado profissional que presta serviços a todos os juízes estaduais do Vale do Rio Paraná e especialmente quando não há e nunca houve controvérsia quanto a sua idoneidade profissional e as suas conclusões estão embasadas em dados concretos e seguros.*
>
> *Nesta comarca, em outras ações de desapropriação temos acolhido os patamares alcançados pela avaliação que adota o método comparativo, quando a destinação natural da propriedade é apenas para a agropecuária.*
>
> *No caso em apreço, trata-se de uma situação geográfica peculiar: a área dos autores está localizada num lugar de excepcional beleza natural na foz do Córrego Três Barras com o Rio Paraná, hoje reservatório da UHE Sérgio Motta, cuja convocação econômica é do ecoturismo e lazer.*
>
> *Tal empreendimento imobiliário, ao contrário do que sustenta a CESP, não teria como clientela potencial a comunidade de Anaurilândia, mas sim, toda a região do Vale do paraná e Ivinhema, além do Oeste Paulista. O Projeto hoteleiro, idem, teria como público alvo clientela das agências de turismo das capitais e cidades de todas as regiões.*

1.4.

E reforça esse entendimento o fato de que, nesta ação rescisória, embora não houvesse necessidade de produção de prova complementar, diria eu, porque os acórdãos são nesse sentido – o Des. Jairo acabou de citar um acórdão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido – o fato é que a E. Ministra Nancy Andrighi determinou que se fizesse a prova pericial nesta ação rescisória.

A prova, assim, foi feita, com um perito da confiança do juízo.

Esse perito, bem ou mal, até porque estava sujeito à impugnação de sua nomeação por parte da CESP, concluiu que a área existe e está encoberta hoje pelas águas que formaram a usina hidroelétrica do Porto.

Ou seja, a nova perícia reafirmou aquilo que estava contido no laudo pericial elaborado na ação de indenização. Reafirmou aquilo que foi objeto de acolhimento por parte da magistrada de primeiro grau, no sentido de entender que a área existia.

Veja-se o que consta dos autos às fls. 1863/1900, que foi o novo laudo pericial realizado nesta rescisória, tendo por objeto o mesmo imóvel também objeto da ação de indenização.

A perita nomeada, que é de Santa Catarina, indicou como tendo necessidade de uma equipe técnica de apoio para a realização da perícia, indicados às fls. 1809 como sendo um agrimensor, 1 especialista em geoprocessamento, 1 assistente em gestor ambiental, uma equipe de topografia e uma equipe de apoio de campo.

O laudo técnico mostra, inclusive, as técnicas utilizadas, de última geração, para obter a aferição da existência ou não da área objeto daquela ação de desapropriação.

E foi com essa equipe, qualificada, que a nova prova pericial foi realizada, lançando a seguinte conclusão, às fls. 1897:

> *"A comprovação da existência da área objeto da ação fundamenta-se em documentos e fatos passíveis de comprovação, como é o caso dos documentos matrícula n. 328, escritura de desapropriação e matrícula 2.988, os quais estabelecem a área total da Fazenda Nossa Senhora Aparecida como sendo de 2.701,00 hectares.*
>
> *Não bastasse a comprovação da existência da área através desses documentos legais e cuja legitimidade não podem e não foram contestadas, tem-se que a planta descritiva PP-I-PR-D nº 27, que delimita o polígono de desapropriação, apresenta erros graves na delimitação da área ocupada, alterando os distanciamentos existentes na matrícula nº 328.*
>
> *Estas alterações promovidas no polígono da Fazenda Nossa Senhora Aparecida que foi desapropriado e inundado, à revelia do Sr. Santiago Soriano Estrela e de sua mulher Maria Figueiredo Estrela, proprietários da referida Fazenda, tiveram como consequência a alteração da área da Fazenda Nossa Senhora Aparecida.*
>
> *Finalizando, a área objeto da ação rescisória existe e foi inundada pela CESP"*(FLS. 1898).

1.5.

Então, a prova não era falsa, para todos os fins e efeitos de direito, base da presente ação rescisória, como pretende fazer crer a própria CESP na sua inicial.

A prova falsa, para fins de ação rescisória, é aquela que seja eficiente para as conclusões do julgado.

Todavia, como se viu, a segunda perícia, realizada nestes autos, concluiu o que já havia concluído o perito da ação em primeiro grau e a juíza ao sentenciar, que houve área maior alagada do que aquela desapropriada amigavelmente, dando ensejo, assim, à reparação dos danos daí advindos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está mais do que consolidada no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO DE FATO E UTILIZAÇÃO DE PROVA FALSA NÃO IDENTIFICADOS PELA CORTE A QUO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO À LEI. ALEGAÇÃO DE MÁ APRECIAÇÃO DAS PROVAS. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Constatado que a Corte a quo empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. O acórdão recorrido consignou que o autor da ação rescisória não logrou demonstrar os vícios do acórdão rescindendo por ele apontados, concernentes a existência de erro de fato, de utilização de prova falsa e de violação a literal disposição de lei (art. 135 do CTN e 5º da Lei n. 8.009/90), mas, sim, a sua intenção de rediscutir a interpretação das provas produzidas na ação principal pela qual se concluiu pela responsabilidade patrimonial do sócio e pela não caracterização do bem penhorado na execução fiscal como bem de família.

3. O recurso especial não se presta para verificar a existência de erro de fato e à utilização de prova falsa pelo acórdão rescindendo, uma vez que, para esse mister, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Não cabe ação rescisória para rever a (in)justiça da decisão rescindenda por eventual equívoco na apreciação da prova produzida no processo originário. A esse respeito: AgRg no REsp 1.220.274/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/02/2011; AR 1.084/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 15/03/2010; AR 1.434/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 01/02/2010; AgRg na AR 4.325/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 25/11/2009.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1243684/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 16/03/2012)

Ainda:

RECURSO ESPECIAL - ARTIGO 485, III, DO CPC - DOLO PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - APLICAÇÃO DA SÚMULA 283/STF - INDEFERIMENTO DE PROVA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - ARTIGO 485, VI, DO CPC - PROVA FALSA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - PRETENSÃO DE VERDADEIRO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO DO JUÍZO RESCINDENDO - EFEITOS DA REVELIA - INOCORRÊNCIA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." (Súmula 283/STF).

2. Sendo o juiz o destinatário final da prova, cabe a ele, em sintonia com o sistema de persuasão racional adotado pelo CPC, dirigir a instrução probatória e determinar a produção das provas que considerar necessárias à formação do seu convencimento.

3. Impossibilidade de se impingir como falsa prova pericial com base em elemento não relacionado à atividade técnica realizada. Não se admite ação rescisória em face de verdadeiro descontentamento da parte com a solução jurídica atribuída à pretensão deduzida e tentativa de converter a ação em "recurso".

> *4. A presunção de veracidade prevista pelo art. 319 da Lei Adjetiva Civil não é absoluta.*
>
> *5. Recurso improvido.* (REsp 974.219/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 16/04/2012)

1.6.

Se a prova era *falsa*, como alegou a CESP, assim considerada como sendo aquela colhida na ação de indenização, essa alegação desmorona quando se constata que, pela prova produzida na própria ação rescisória, a nova perícia chegou exatamente à mesma conclusão da perícia anterior.

A douta Procuradora de Justiça Marigô Regina Bittar Pereira, que atuou também no processo, exarando Parecer pela E. Procuradoria-Geral de Justiça, assentou às fls. 2145/2146 – retirando qualquer dúvida sobre o não cabimento da rescisória com base na alegação de falsidade da prova – que:

> *"Compulsando os autos, verifica-se que este Órgão Ministerial já exarou parecer, às fls. 1615-1627 e 1997-1999.*
>
> *Nesta última oportunidade, o Parquet Estadual deixou consignado que a realização da nova perícia concluiu que "houve efetivamente inundação de uma área correspondente 247,1208 hectares superior à área desapropriada, que não foi indenizada da referida propriedade" (f. 1891), conclusão esta corroborada pelos esclarecimentos da perita às fls. 2006-2078.*
>
> *Ressaltou, ainda, que a perícia judicial realizada pela Geóloga Germaine Aline Bernhartd Fuchs, às fls. 1863-1900, está em conformidade com a pericial judicial realizada nos autos da Ação de Indenizalção por Desapropriação Indireta n. 19202, ambas confeccionadas por perito oficial, com fé pública.*
>
> *Assim, considerando que as perícias acostadas aos autos concluíram que a CESP inundou uma área correspondente a 247,1208 hectares, superior à área desapropriada, não se vislumbra motivo para alterar as conclusões já externadas.*
>
> *Portanto, comungando do entendimento exarado pelo i. Relator, Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, às fls. 2124-2125, esta Procuradoria de Justiça, em atendimento ao r. despacho, reitera o parcer de fls. 1615-1627, pugnando pelo regular prosseguimento do feito".*

Logo, não existe prova falsa que pudesse embasar a pretensão rescisória, tal como delineado no artigo 485, VI, do CPC, ALÉM DO QUE, COMO SE VIU TAMBÉM, HOUVE AMPLO DEBATE ENTRE AS PARTES, NA AÇÃO ORIGINÁRIA, SOBRE A EXISTÊNCIA DA ÁREA, O QUE NÃO PERMITE, DE IGUAL FORMA, NOS TERMOS DOS PRECEDENTES ACIMA CITADOS E, TAMBÉM, PELOS PRECEDENTES CITADOS PELO E. RELATOR, A AÇÃO RESCISÓRIA.

VII.

Muito menos existe, também, *erro de fato*, como exposto na inicial.

> *A rescisão do julgado fundada no inciso IX do art. 485 do CPC pressupõe a ocorrência de equívoco na apreciação ou de percepção equivocada da prova trazida aos autos, embora seja afastada a interpretação sobre a subsistência ou relevância de um fato* (art. 485, § 2º) (AgRg na AR 3731/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJ de 4/6/2007).".

E o Juízo o disse, também, que se houvesse sobreposição de títulos e a área não existisse, tal não teria passado desapercebido naquela ação de divisão, quando os réus receberam os 2.701 hectares que lhes foram titulados.

E interessante, ainda, que a Juíza consignou que essa área de 2.701 hectares, na Fazenda Nossa Senhora Aparecida, no ano de 1983, era incontroversa, tanto que – e isto que me chamou a atenção – a CESP, em vários momentos da escritura pública de desapropriação amigável concordou (afirmando no texto do documento assinado) que desapropriava uma área de 1.867 hectares, desmembrado de uma área maior de 2.701 hectares, que a CESP, reconheceu então como existentes. Não há dúvidas a respeito disso porque A CESP reconheceu a existência dessa área de 2.701 hectares, da qual desapropriava parte dela, então, de 1867 hectares.

Se depois a parte foi efetuar a medição do imóvel e constatou que existe área menor do que aquela que deveria existir depois do alagamento, área não alagada, é evidente que, de 2.701 hectares, menos 1.867 hectares, haveria 834 hectares e se não existe essa quantidade de área, mas menos, fato constato *in locu* nas duas perícias que foram realizadas nos autos, uma na ação de indenização onde sobreveio a sentença que se pretende rescindir por esta ação e outra, agora, na presente ação rescisória, evidentemente que esse saldo está encoberto pela água.

Veja-se então que a alegada falsidade da prova apresentada em juízo, para fins de se dar procedência do pedido rescisório, como pretende a CESP, com todo respeito, é alegação que tem que ser refutada.

E nesse ponto, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos acórdãos e julgamentos relacionados ao tema – e eu tomo como base um dos maiores Ministros que o Superior Tribunal de Justiçajá teve, que foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, já em 1999 ele – como relator - exarou um voto que serviu de substrato, de precedente para os vários e demais julgamentos dessa matéria, em que S. Exa. afirmou o seguinte:

> *"(...) A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória.* (REsp 147.796/MA, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, quarta turma, julgado em 25/05/1999, DJ 28/06/1999, p. 117)

Esse entendimento vem sendo reafirmado na jurisprudência daquela Casa, como se vê, por exemplo, deste recente aresto:

> *"Ocorre que a via eleita não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação, a fim de corrigir possível injustiça.*
>
> *4. Recurso especial provido.* (REsp 1482955/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014)
>
> *E, ainda:*
>
> *Consoante a firme orientação jurisprudencial desta Corte, "A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação.*
>
> *Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória."* (REsp 147.796/MA, DJ 28/06/99, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

> *III - A ação rescisória constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada. Pedido rescisório julgado improcedente.* (AR 1.470/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 10/05/2006, DJ 14/12/2006, p. 245)

Daí porque, evidentemente, parece-me que esses fundamentos devem se aplicar para julgar improcedente o pedido rescisório.

VIII.

Quanto à sentença *extra petita* e falta ao princípio da congruência.

O que mais me chama a atenção e esse fato realmente eu queria ter observado é que a sentença teria sido objeto de uma *extra petita* ou *ultra petita*.

É evidente – e isso ocorre no processo de conhecimento em geral – se há um pedido em que a parte formula um pedido "x", o juiz não pode conceder "x + y", porque estaria julgando fora, ultra ou além do pedido.

Acontece que está descrito e o e. Relator sustentou esse ponto, o que me chamou a atenção também, está descrito na causa de pedir constante da inicial da ação de desapropriação, a possibilidade de indenização pelos lucros cessantes.

Tanto que, na sentença, a juíza fala que os autores da indenização descobriram que teriam área menor pois foram fazer o levantamento topográfico para "*implantação de um projeto turístico"* e identificaram que estavam faltando 279 hectares de uma área que, pelo saldo, haveria de ser maior do que a então encontrada.

Nessa linha de raciocínio o Superior Tribunal de Justiça e em se tratando de ação de desapropriação indireta (ação de indenização proposta pelo proprietário não indenizado), tem sua jurisprudência alertado para aquilo que o Desembargador Jairo falou no seu voto, a saber, *"prevalece o princípio constitucional da justa indenização."*

Nos termos da jurisprudência do STJ, em resumo:

> *"A justa indenização tem dois polos, aí, ou seja, o autor não pode receber mais do que o devido, mas o Estado, em outro polo, não pode pagar menos do que o que pode ser devido.*
>
> *E, nesse aspecto, o que a jurisprudência tem entendido é que a ação de desapropriação tem como escopo imediato a fixação da justa indenização em face da incorporação do bem desapropriado, para o Poder Público.*
>
> *Consequentemente, a prova pericial é da substância do procedimento da ação de indenização. É que a oferta e a contraproposta não vinculam o juízo razão porque, visando a fixação oficial do valor devido é lícito a qualquer das partes recorrer contra a sentença, independentemente dos valores que indicarem em suas peças processuais." Depois, mais adiante, nessa linha jurisprudencial, "o expropriado não pode ter agravado o seu ônus e de obter a justa indenização, pelo simples fato de ter indicado valor aleatório à demanda.".*

Em acórdão, ainda, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou-se também que "*na desapropriação, aplica-se para ambas as partes do processo, porquanto não se revela justo ao expropriado receber valor*

inferior ao que lhe é devido, nem o Estado pagar mais do que o valor de mercado". Essa decisão é do Ministro Luiz Fux.

Veja-se o acórdão, relatado pelo e. Ministro LUIZ FUX:

> *"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. JUSTA INDENIZAÇÃO. DECISÃO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS. ART. 27, § 1º, DO CPC.*
>
> *1. O valor da indenização pleiteado pelo autor da Ação de Indenização por Desapropriação Indireta é meramente estimativo, posto preponderar o cânone constitucional da justa indenização.*
>
> *2. Consectariamente, não incorre julgamento ultra petita nas hipóteses em que a decisão acolhe o laudo pericial imparcial e fixa a indenização em patamar superior ao formulado pelo autor na inicial.*
>
> *3. O direito de propriedade é garantia constitucional, cuja relativização condiciona-se ao prévio pagamento de indenização pelo Poder Público, por meio da ação desapropriatória, nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da Carta Magna.*
>
> *4. A ação de desapropriação tem como escopo imediato a fixação da justa indenização em face da incorporação do bem expropriado ao domínio público.*
>
> *5. Consequentemente, a prova pericial é da substância do procedimento.*
>
> *6. É que a oferta e a contraproposta não vinculam o juízo, razão por que, visando a fixação oficial, é lícito a qualquer das partes recorrer para esse fim, independentemente dos valores que indicaram em suas peças processuais.*
>
> *7. A ação de indenização por desapropriação indireta, por sua vez, caracteriza-se pela inversão do autor da demanda, porquanto o Poder Público transfere o ônus da desapropriação usual ao particular.*
>
> *É que, consoante a abalizada doutrina do tema, a desapropriação indireta consiste no "desapossamento ou apossamento administrativo, pelo simples fato de que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário. Transfere, pois, a este último os ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus. Invertem-se, portanto, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da ação expropriatório, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória". (José Carlos de Moraes Salles. A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, Revista dos Tribunais, 5.ª ed., p. 846).*
>
> *8. O expropriado não pode ter agravado o seu ônus em não receber a justa indenização pelo simples fato de ter indicado valor aleatório à demanda.*
>
> *9. O conceito de justa indenização, na desapropriação, aplica-se para ambas as partes do processo, porquanto não se revela justo ao expropriado receber valor inferior ao que lhe é devido, tampouco ao Estado pagar mais do que o valor de mercado.*
>
> *10. Deveras, esta e. Corte, em atendimento ao princípio da justa indenização, firmou entendimento no sentido de não ocorrer julgamento extra petita quando a indenização é fixada em valor inferior ao ofertado pelo Poder Público, por isso que "ubi eadem ratio,*

ibi eadem dispositio". Precedentes: (REsp 867.010/BA, DJ 03.04.2008; Resp. 886258/DF, DJ. 02.04.2007; Resp. 780542/MT, 28.08.2006).

11. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe pelo que deve ser observado o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, com a modificação introduzida pela MP n.º 1.577/97, observando-se o limite máximo de 5% (cinco por cento).

12. A sentença proferida em 05.12.2001 (fl. 176), ou seja, após a edição da MP n.º 1.577/97, que introduziu o limite de 5% (cinco por cento) para fixação da verba honorária, submete-se a esse regramento, por isso que se impõe o provimento parcial do recurso, haja vista que a sucumbência decorreu do ato prolatado sob a égide da Lei nova.

13. Recurso especial parcialmente provido, tão-somente para fixar os honorários advocatícios nos termos acima delineados. (REsp 875.256/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)"

Depois, em outra decisão, ainda, no ano de 2008, o Ministro Francisco Falcão assentou que "*ao acolher o pedido pleiteado e determinar a justa indenização com a inclusão do lucro do incorporador baseou-se o magistrado nos laudos periciais, não se verificando como ultra petita a decisão proferida, uma vez que o pedido exordial".*

Eis o acórdão:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. LAUDO PERICIAL. LUCRO. DECISÃO ULTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA.

I - Cuida-se de ação de indenização por desapropriação indireta movida pelas ora recorridas contra o MUNICÍPIO DE CAMAÇARI, fundada na ocupação irregular de imóvel com área total de 2.918,25 m², onde hoje encontra-se instalada a Câmara Municipal.

II - Ao acolher o pedido pleiteado e determinar a respectiva indenização com a inclusão do lucro do incorporador, baseou-se o magistrado nos laudos periciais, não se verificando como ultra petita a decisão proferida, uma vez que o pedido exordial compreende a reparação por lucros cessantes.

III - Recurso improvido. (REsp 950.290/BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 05/06/2008)

Essas decisões vêm sendo reiteradas no Superior Tribunal de Justiça, nos termos de pesquisa que fiz a respeito dos temas invocados na presente Ação Rescisória.

Então, não vejo, aqui também, fundamentos para a ação rescisória.

Nas desapropriações parciais, onde o expropriado fica ainda com parte do imóvel, o conceito de justa indenização deve englobar também os lucros cessantes, por isso que o método involutivo adotado pelo perito, de forma fundamentada e justificada na sentença, não pode ser objeto de revisão via da presente ação rescisória.

Veja-se que a sentença adotou o laudo e o fez de forma fundamentada, *verbis*:

"(...) Quanto à fixação do preço final, assente-se desde logo, que o perito é auxiliar do Juiz.

(...) Apesar do laudo apresentado não vincular a julgadora, que pode repelir todas as conclusões que não forem convincentes e seguras, tenho que o trabalho do "expert" é irretocável.

Para o trabalho, utilizou-se o perito de dois métodos: comparando-o a outros que tenham a mesma destinação, no caso, a agropecuária e no segundo, com a projeção do empreendimento imobiliário a que os autores se lançavam, de loteamento de lazer com infraestrutura, administração e vendas do empreendimento imobiliário (aqui considerados como lucros cessantes) utilizando como paradigma também outros projetos similares existentes no região.

Ao avaliar a terra e as benfeitorias e realizar a projeção do empreendimento imobiliário, expôs detalhadamente os critérios adotados, que espelharam com fidelidade os preços de mercado da região.

Utilizando-se do método comparativo, desde que a área fosse exclusivamente destinada para atividade agropecuária da fazenda, considerou as benfeitorias, lucros cessantes, translado de gado e reflorestamento da reserva legal, atribuiu ao imóvel o valor de R$ 1.602,392,28, em maio de 2003.

Já com o método involutivo, além do considerado utilizando-se do método comparativo, avaliou os lucros cessantes consistentes no que os autores deixaram de ganhar (em função da ocupação) com a frustação ou diminuição do potencial do empreendimento imobiliário e turístico e atribuiu ao imóvel o valor de R$ 16.184.883,72.

A manifestação da requerida sobre o laudo judicial foi apresentada fora do prazo judicial concedido e os quesitos complementares (fls. 491) foram assinados por assistentes técnicos não habilitado nos autos, além de ser ele empregado na CESP. Deixo de determinar o seu desentranhamento do corpo dos autos, mas deixo também de considerá-los para efeito desta sentença.

No entanto, o laudo complementar apresentado pelo Engenheiro Avaliador do Juízo é muito elucidativo e reforça o nosso convencimento de que o princípio da plena recomposição só estará atendido com a adoção do laudo de avaliação pelo método involutivo.

Na desapropriação, é preciso não perder de vista que o poder público deve recompor plenamente a anterior condição do expropriado. Por isso, a crítica lançada pelo assistente técnico da CESP ao subscritor dos mapas (fls. 76) de "apócrifos" e aquelas no sentido de reduzir os valores apurados pelo perito oficial deveria vir justificada e perfeitamente amparada em provas. Não basta criticar o laudo, é preciso justificar a divergência. Crítica desprovida de fundamentação e de prova, não é suficiente para modificar a conclusão pericial ou o convencimento do Juízo.

Impõe-se a prevalência do laudo do Perito Judicial uma vez que não contém elementos ou fatos tendentes a torná-lo desvalioso. Inexiste justificativa legal para que seja desconsiderado o laudo judicial elaborado pelo Engº Luiz Gonzaga Bellozi, renomado profissional que presta serviços a todos os juízes estaduais do Vale do Rio Paraná e especialmente quando não há e nunca houve controvérsia quanto a sua idoneidade profissional e as suas conclusões estão embasadas em dados concretos e seguros.

Nesta comarca, em outras ações de desapropriação temos acolhido os patamares alcançados pela avaliação que adota o método comparativo, quando a destinação natural da propriedade é apenas para a agropecuária.

> *No caso em apreço, trata-se de uma situação geográfica peculiar: a área dos autores está localizada num lugar de excepcional beleza natural na foz do Córrego Três Barras com o Rio Paraná, hoje reservatório da UHE Sérgio Motta, cuja convocação econômica é do ecoturismo e lazer.*
>
> *Tal empreendimento imobiliário, ao contrário do que sustenta a CESP, não teria como clientela potencial a comunidade de Anaurilândia, mas sim, toda a região do Vale do paraná e Ivinhema, além do Oeste Paulista. O Projeto hoteleiro, idem, teria como público alvo clientela das agências de turismo das capitais e cidades de todas as regiões.*
>
> *Se o preceito constitucional condiciona a desapropriação à justa e prévia indenização e o art. 23 do Dec-lei 3.365/41 determina a avaliação do imóvel quando não houve concordância expressa quanto ao preço (o valor atribuído à causa foi até objeto de recurso desacolhido), jamais será decisão extra-petita aquele que, em sede de desapropriação, acolhendo a avaliação do perito judicial, fixa a condenação em valor diferente daquele atribuído à causa, uma vez que se assenta na natureza especial do procedimento e no princípio constitucional da justa indenização.*
>
> *Assim, o valor justo para a plena recomposição do desfalque sofrido pelos autores com o esbulho administrativo perpetrado é aquele atribuído pelo Perito Judicial ao adotar o método involutivo, que contempla inteiro a ideia do pagamento, além do valor do imóvel, despesas, benfeitorias, aquilo que eles deixaram de ganhar com a perda da propriedade, qual seja: R$ 16.184.883,72.*

A CESP teve a oportunidade de atacar esse fundamento da sentença na apelação que manejou, onde suscitou preliminar de tempestividade do recurso. Entrementes, veio dele a desistir, como afirmei, quando o processo já estava pautado para julgamento na 4ª. Turma Cível.

Agora, quer transformar essa rescisória em instância revisora da sentença, como se fora um recurso de apelação, o que vem sendo repudiado pela jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, como citaram os dois votos precedentes ao meu, e nos termos da jurisprudência que também acresço a este voto, adiante.

Dessa forma, se as questões veiculadas na rescisória são as mesmas veiculadas na ação de indenização e apreciadas pela sentença, como se viu de seus excertos, a rescisória não tem cabimento. Não é ele sucedâneo recursal do que foi definitivamente decidido em primeiro grau de jurisdição.

Se houve decisão de primeiro grau fundada em um laudo pericial que foi depois reafirmado em prova feita neste Juízo, confirmando em tudo o primeiro, já em segundo grau na ação rescisória, temos a hipótese em que a sentença – o processo – em primeiro grau decidiu sobre as questões postas nesta ação rescisória.

Não podemos então, tendo em vista a exceção em que se insere a demanda rescisória deixar de observar os seus pressupostos, para darmos à ação rescisória um contexto, um conteúdo, uma análise equiparada a um recurso de apelação que é, praticamente e infelizmente o que está ocorrendo porque, para se aferir todos esses fatos postos na inicial, estaríamos emprestando à ação rescisória a natureza de um recurso comum, para permitir o reexame dessas questões, como se fosse, já um *terceiro grau de jurisdição*.

E a jurisprudência que vem sendo sufragada no Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que se a matéria objeto da rescisória foi debatida em primeiro grau, e decidida pela sentença, não cabe a rescisória, sob pena de se transformar o instituto em sucedâneo recursal.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA - DEMANDA FUNDADA EM ALEGADO ERRO DE FATO, CONSUBSTANCIADO NO SUPOSTO CONHECIMENTO INDEVIDO DE RECURSO ESPECIAL MANEJADO SEM ANTECEDENTE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES - DECISÃO MONOCRÁTICA JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

1. Ação rescisória fundada unicamente em alegado erro de fato (inciso IX do artigo 485 do CPC). Decisão rescindenda que deu provimento a recurso especial supostamente inadmissível, porquanto manejado sem antecedente interposição de embargos infringentes cabíveis de acórdão não unânime proferido em 10.11.2000 (antes da alteração promovida pela Lei 10.352/2001). 1.1. Consoante cediço nesta Corte, o suposto erro no exercício do juízo positivo de admissibilidade do apelo extremo não autoriza o manejo de ação rescisória. Precedentes.

1.2. Não resta configurado, portanto, erro de fato apto a ensejar a rescisão do julgado, nem qualquer outra das hipóteses taxativas previstas como fundamentos possíveis da ação autônoma de impugnação voltada contra a decisão de mérito transitada em julgado.

1.3. Revela-se incabível, outrossim, a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal, tendo em vista seu caráter excepcionalíssimo de desconstituição de provimento jurisdicional definitivo, desde que maculado por vício de extrema gravidade, sendo de rigor a prevalência do valor Segurança Jurídica.

1.4. Os efeitos da revelia, previstos no artigo 319 do CPC, não incidem no âmbito da ação rescisória, por força do princípio da preservação da coisa julgada.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg na AR 3.867/PE, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 19/11/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. DESCONHECIMENTO, PELO INSS, DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DESSE BENEFÍCIO COM AUXÍLIO-ACIDENTE. TESES NÃO PREQUESTIONADAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. DESCABIMENTO DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não cabe ação rescisória para revisão da decisão rescindenda em substituição a recurso específico, o qual deveria ter sido interposto no momento oportuno. Precedentes.

2. É inadmissível o recurso especial quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Inteligência da Súmula n. 282/STF.

3. Em grau de apelo especial, mostra-se impossível o revolvimento do contexto fático e probatório dos autos, diante do óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1412004/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DO ART. 105, III, "A", DA CF, POR INOBSERVÂNCIA DA VEDAÇÃO CONTIDA NA SÚM. 07/STJ. INEXISTÊNCIA. REINTERPRETAÇÃO DO CONTEXTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Corte Especial, há muito, consolidou o entendimento de que "não ofende o princípio da Súmula 07 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados" (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Corte Especial, DJ de 16.8.1999).

2. É manifestamente incabível a propositura de ação rescisória com o único intuito de obter a reinterpretação à luz do contexto dos autos e a reforma do julgamento proferido, por mero inconformismo da parte com a justiça da decisão, quando desvinculada a causa de pedir de quaisquer dos vícios a que se referem os incisos do art. 485 do CPC.

Precedentes.

3. Agravo não provido. (AgRg na AR 5.159/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 13/08/2014, DJe 19/08/2014)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. EXAME. NÃO CONFIGURAÇÃO. HIPÓTESE DE CABIMENTO. PRETENSÃO. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE DA DEMANDA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MATÉRIAS. MÉRITO.

1. Limitado o julgamento da ação rescisória ao seu cabimento e à falta de configuração da respectiva hipótese legal, vez que caracterizado meramente o intuito de uso da ação como substituto recursal, não há falar em violação ao art. 535 do CPC nem em ausência de prestação jurisdicional quanto a argumentos relacionados ao mérito da demanda rescisória.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1354845/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 11/06/2014)

Mais, ainda:

"A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo cabível tão somente em situações em que é flagrante a transgressão da lei, o que não ocorre no caso dos autos.

3. O fato de o julgado haver adotado interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo da rescisória, uma vez que não se cuida de via recursal com prazo de 2 anos.

4. Ação rescisória improcedente. (AR 3.911/RN, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 12/06/2013, DJe 25/06/2013)".

"Não é cabível ação rescisória fundada em suposta violação literal de dispositivo de lei na hipótese em que não demonstrado o alegado vício no acórdão rescindendo, restando nítida a pretensão do autor de rediscutir entendimento posto no julgado objeto da rescisória que contemplou adequada interpretação e aplicação da norma legal ao caso em exame, apesar de desfavorável em parte a ele. Isso porque a ação rescisória, meio excepcional de desconstituição da coisa julgada, apenas tem cabimento nas situações arroladas taxativamente no artigo 485 do CPC, não podendo ser utilizada como sucedâneo recursal. AR 4.211/DF, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Terceira Seção, julgado em 26/06/2013, DJe 01/08/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

> *1.(...)*
>
> *2. (...)*
>
> *3. O que se vê é que os agravantes querem desconstituir julgado do STJ por meio de rescisória e aduzem que houve erro no julgado que estabeleceu "indevidamente" a limitação combatida e a prescrição.*
>
> *Ora, tal pretensão é inviável, porquanto pautada na rediscussão da causa sem que estejam preenchidos os requisitos taxativos da lei para o cabimento da ação rescisória. Precedente: AR .508/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Terceira Seção, julgado em 14.12.2009, DJe 3.2.2010.*
>
> *Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 308.622/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013)

Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça brotam aos borbotões da jurisprudência daquela E. Corte Superior de Justiça, todos no mesmo sentido.

Logo a rescisória deve ser julgada improcedente.

Assim, se a matéria objeto da ação rescisória foi objeto de debate e discussão na sentença ou acórdão que se pretende rescindir, não tem cabimento a ação, sendo firmes os precedentes do Superior Tribunal de Justiça a tal respeito, dentre outros podendo ser conferidos, além dos acima citados, bem recentes, os seguintes julgamentos: AR 4.655/ES, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26/06/2012. AR 3.104/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 16/04/2010; AR 1.421/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe 08/10/2010; AR 457/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 29/05/2006; AR 2.580/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 06/11/2009; AgRg na AR 3.731/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Primeira Seção, DJ 04/06/2007.

E os Pareceres do Ministério Público, ratificados em quatro oportunidade pelos mais eminentes membros do Parquet Estadual, também reiteraram essas questões processuais que são impedientes do julgamento de procedência do pedido rescisório.

Eu lamento apenas que se esteja aqui em discussão questões outras que foram colocadas na Tribuna – pela CESP - envolvendo a pessoa da magistrada, mas que não está no processo e o que não está no mundo dos autos não pode ser tomado em consideração para fins de emissão do provimento jurisdicional.

IX.

Por último e não menos importante, no que diz respeito ao valor da indenização alcançado pela sentença que se pretende rescindir, é de se ver que, da Tribuna, o e. advogado dos réus desta rescisória apontou que há prova nos autos de que a CESP efetuou pagamento de desapropriação amigável para áreas próximas do imóvel dos réus, em valores quase que idênticos aos alcançados pela sentença, de sorte que esse fato reafirma o acerto da sentença ao estabelecer os critérios para a justa indenização, não podendo ser acoimado de valor excessivo ou desproporcional, quando se considera que a própria autora da rescisória, para situações idênticas, pagou amigavelmente, também, preço idêntico ao encontrado pela sentença, o que apenas reforça a conclusão de que o pedido contido na inicial deve ser julgado improcedente.

X.

Por tais fundamentos, ao par dos que já foram antes expendidos, vou assim aderir ao voto do eminente Relator e ao voto do douto juiz convocado a Desembargador, Dr. Jairo Quadros, que me antecederam nessa

sessão, e que foram muito esclarecedores sobre as diversas matérias postas neste julgamento para, de igual forma, julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial da presente ação rescisória, acompanhando também a fixação dos ônus sucumbenciais.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (2° Vogal)

A Companhia Energética de São Paulo - CESP ajuizou esta ação rescisória (feito n. 2004.013947-5, desta 2ª Seção Cível desta Corte) em face de Santiago Soriano Estrela e de sua esposa, com a pretensão de obter a desconstituição da sentença proferida nos autos da ação de indenização proposta por Santiago e sua esposa (f. 2-3).

Considerando a quantidade de fundamentos trazidos na inicial da CESP, nesta rescisória, passo ao exame separado de cada argumento.

I. Violação literal de dispositivo de lei (artigo 485, V, do CPC)

Conforme alegações da CESP, a sentença teria violado dispositivos de lei, autorizando a procedência da pretensão rescisória com fundamento no art. 485, V, do CPC.

Antes de analisar, em específico, os artigos supostamente vilipendiados pela sentença hostilizada, cumpre-me tecer algumas considerações sobre a primeira hipótese evocada: violação literal de dispositivo de lei.

Como bem ressaltado pelos juristas, o dispositivo em questão é de "*redação criticável, uma vez que o direito não se exaure no texto frio da lei, sendo certo que a interpretação literal da norma jurídica raramente é capaz de permitir resultados satisfatórios na atividade hermenêutica. Melhor seria que tivesse dito 'violar direito em tese' (...)*"[9].

Não é por outra razão que o art. 485, V, do CPC, deve ser interpretado com propósito, conferindo-lhe exegese a partir de sua finalidade, a fim de evitar, em juízo rescindente, decisões temerárias, baseadas apenas em interpretações pontuais de dispositivos legais, sem considerar o direito positivo em sua integralidade.

Sobre o assunto, com a objetividade que lhe é peculiar, Vicente Greco Filho aclara:

> *"A violação de lei para ensejar a rescisão deve ser frontal e induvidosa. Se a lei comportava mais de uma interpretação razoável não incide o dispositivo, se a lei optou por uma delas. A ação rescisória não é uma revisão da justiça da decisão. 'Lei, no texto, não é apenas a lei em sentido formal: é a norma jurídica em sentido amplo, desde as normas constitucionais até os demais atos normativos que deveriam ter sido aplicados e não o foram. É necessário, porém, que a violação da norma jurídica tenha sido relevante no resultado da demanda e possa sua correta aplicação modificar o julgamento."*[10]

Dentro desta perspectiva, a jurisprudência exige que a decisão tenha outorgado sentido "aberrante" à legislação para vingar procedência à ação rescisória (REsp 9086/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 29/04/1996, DJ 05/08/1996, p. 26424), não cabendo tal expediente quando a decisão rescindenda estiver lastreada em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais (Súmula STF nº 343[11]).

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Vol II. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2007. p. 19.

10 GRECO, Vicente Filho. **Direito processual civil brasileiro**, volume 2 : (atos processuais a recursos e processos nos tribunais). 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 447.

11 STF Súmula nº 343 - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 150. "*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*".

Seguindo tais premissas, passo ao exame dos pretensos artigos violados.

I.I. Afronta aos artigos 128 e 460 do CPC

Consoante aduções da CESP, a sentença teria violado os artigos 128 e 460 do CPC (princípio da correlação lógica entre decisão e pedido), já que, apesar de o pedido condenatório ter sido específico e limitado no montante de R$ 1.733.914,53 (um milhão setecentos e trinta e três mil novecentos e quatorze reais e cinqüenta e três centavos), a sentença a condenou no pagamento de R$ 16.184.883,72 (dezesseis milhões cento e oitenta e quatro mil oitocentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos) a título de indenização por desapropriação indireta e lucros cessantes, circunstância esta que caracterizaria julgamento *ultra* e *extra petita*.

Razão não lhe assiste. Explico.

Os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil estabelecem:

> *"Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*
>
> *"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado."*
>
> *Tais previsões inserem, no direito positivo, os princípios dispositivo e da correlação, congruência ou adstrição entre o pedido aviado na petição inicial e a tutela jurisdicional prestada, vedando-se ao Estado Juiz a atuação ex officio em favor da parte, tudo para delimitar o objeto da lide e proibir a prolação de sentença de natureza diversa da pedida ou que tenha objeto diverso do demandado.*

Obviamente, os artigos em questão tratam da norma geral que circunda o sistema processual civil vigente, não refletindo, entretanto, regra absoluta.

Em determinados casos, a mitigação dos princípios aqui tratados nada mais retrata do que a busca da organização de um processo justo, que necessariamente confere tutela jurisdicional adequada e efetiva aos litigantes, sempre com o intuito de consolidar a norma constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Em casos tais, quando imprescindível mitigar a regra geral da congruência, por óbvio, não se está a tratar de desrespeito frontal à normatização prevista nos artigos 2º, 128 e 460, todos do Código de Processo Civil, mas sim à aplicação de outros princípios não menos importantes, quais sejam, o da proporcionalidade e o da cedência recíproca.

Deve-se, pois, buscar uma solução com base na ponderação, dando a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito, sem sacrificar totalmente qualquer deles.

Exemplo marcante verificado com maior freqüência nos Tribunais Pátrios é o do pedido condenatório de indenização por danos morais, em que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que o valor pretendido na inicial é meramente estimativo, não acarretando julgamento *ultra petita* a condenação em montante superior (AgRg nos EDcl no Ag 1052695/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina [Desembargador Convocado Do TJ/RS], Terceira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 21/09/2010).

No caso vertente, a ação ordinária de desapropriação indireta, ajuizada por Santiago Soriano Estrela e sua esposa Maria Figueiredo Soriano contra a CESP, visava o recebimento de indenização pela inundação de aproximadamente 279,63 hectares de área tida como reservada, tendo os requerentes, à época, estimado

na petição inicial o valor dos danos materiais, morais e lucros cessantes em R$ 1.733.914,53 (um milhão setecentos e trinta e três mil novecentos e quatorze reais e cinqüenta e três centavos).

Evidentemente, o valor declinado na exordial era meramente estimativo, a depender de sua real aferição mediante laudo pericial.

Tal conclusão advém da própria natureza jurídica da ação de desapropriação indireta, que possui como fundamento legal o art. 35, do Decreto-Lei nº 3.365/41, *in verbis*:

> *"Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos."*
>
> *Conceituando o referido instituto, Celso Antônio Bandeira de Mello é categórico:*
>
> *"Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente."*[12]

Em suma, na desapropriação indireta, o Estado se apossa de imóvel particular sem observar os requisitos da declaração e da indenização prévia, acarretando ao lesado o ônus de buscar, mediante ação ordinária subseqüente, a justa indenização.

Ora, quando se está a falar de justa indenização, é obvio que restringir o valor da condenação ao *quantum* pleiteado na inicial representaria um impiedoso contrassenso, pois tal agir equivaleria a negar, àquele que teve seu bem indevidamente expropriado, o pagamento do valor real das perdas e danos encontrado no laudo pericial, em franco enriquecimento indevido do Poder Público.

É exatamente em razão disso que o pedido condenatório aviado na ação de desapropriação indireta é meramente estimativo, não acarretando julgamento *ultra* ou *extra petita* a condenação do Poder Público, ou de quem lhe faça às vezes, em cifra superior àquela previamente consignada na petição inicial.

Até porque, a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV[13], da CF/88, seja para a desapropriação direta ou indireta, "*é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento*"[14].

É de se registrar, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a matéria, concedendo igual solução a caso análogo, consoante se dessume do seguinte aresto colacionado na íntegra:

> *"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. JUSTA INDENIZAÇÃO. DECISÃO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS. ART. 27, § 1º, DO CPC.*

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 758.

13 CF/88. Art. 5º. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob cit. p. 752-753.

1. O valor da indenização pleiteado pelo autor da Ação de Indenização por Desapropriação Indireta é meramente estimativo, posto preponderar o cânone constitucional da justa indenização.

2. Consectariamente, não incorre julgamento ultra petita nas hipóteses em que a decisão acolhe o laudo pericial imparcial e fixa a indenização em patamar superior ao formulado pelo autor na inicial.

3. O direito de propriedade é garantia constitucional, cuja relativização condiciona-se ao prévio pagamento de indenização pelo Poder Público, por meio da ação desapropriatória, nos termos do art.

5º, inciso XXIV, da Carta Magna.

4. A ação de desapropriação tem como escopo imediato a fixação da justa indenização em face da incorporação do bem expropriado ao domínio público.

5. Conseqüentemente, a prova pericial é da substância do procedimento.

6. É que a oferta e a contraproposta não vinculam o juízo, razão por que, visando a fixação oficial, é lícito a qualquer das partes recorrer para esse fim, independentemente dos valores que indicaram em suas peças processuais.

7. A ação de indenização por desapropriação indireta, por sua vez, caracteriza-se pela inversão do autor da demanda, porquanto o Poder Público transfere o ônus da desapropriação usual ao particular. É que, consoante a abalizada doutrina do tema, a desapropriação indireta consiste no "desapossamento ou apossamento administrativo, pelo simples fato de que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário. Transfere, pois, a este último os ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus. Invertem-se, portanto, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da ação expropriatório, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória". (José Carlos de Moraes Salles. A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, Revista dos Tribunais, 5.ª ed., p. 846).

8. O expropriado não pode ter agravado o seu ônus em não receber a justa indenização pelo simples fato de ter indicado valor aleatório à demanda.

9. O conceito de justa indenização, na desapropriação, aplica-se para ambas as partes do processo, porquanto não se revela justo ao expropriado receber valor inferior ao que lhe é devido, tampouco ao Estado pagar mais do que o valor de mercado.

10. Deveras, esta e. Corte, em atendimento ao princípio da justa indenização, firmou entendimento no sentido de não ocorrer julgamento extra petita quando a indenização é fixada em valor inferior ao ofertado pelo Poder Público, por isso que "ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio". Precedentes: (REsp 867.010/BA, DJ 03.04.2008; Resp. 886258/DF, DJ. 02.04.2007; Resp. 780542/MT, 28.08.2006).

11. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe pelo que deve ser observado o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, com a modificação introduzida pela MP n.º 1.577/97, observando-se o limite máximo de 5% (cinco por cento).

12. A sentença proferida em 05.12.2001 (fl. 176), ou seja, após a edição da MP n.º 1.577/97, que introduziu o limite de 5% (cinco por cento) para fixação da verba honorária, submete-se a esse regramento, por isso que se impõe o provimento parcial do recurso, haja

> *vista que a sucumbência decorreu do ato prolatado sob a égide da Lei nova.*
>
> *13. Recurso especial parcialmente provido, tão-somente para fixar os honorários advocatícios nos termos acima delineados.* (REsp 875256/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)

Cito, a propósito, outros precedentes da Corte de Estrito Direito nesse sentido: REsp 992.115/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009; REsp 950.290/BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 05/06/2008; e AgRg no Ag 568.509/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma julgado em 14/09/2004, DJ 30/09/2004, p. 222.

Não fosse suficiente isso, pela atenta leitura da sentença objurgada, percebe-se que a questão ora tratada foi objeto de ampla discussão nos autos, tendo a magistrada sentenciante consignado:

> *"Quanto ao valor inicial atribuído à causa, este foi objeto de agravo não acolhido pela Corte Estadual e, em ações de desapropriação ele é apenas referencial, pois só a perícia, necessária ipso jure et lege poderá trazer a certeza da indenização. (...)*
>
> *Se o preceito constitucional condiciona a desapropriação à justa e prévia indenização e o art. 23 do Dec-lei 3.365/41 determina a avaliação do imóvel quando não houver concordância expressa quanto ao preço (o valor atribuído à causa foi até objeto de recurso desacolhido), jamais será decisão extra-petita aquela que, em sede de desapropriação, acolhendo a avaliação do perito judicial, fixa a condenação em valor diferente daquele atribuído à causa, uma vez que se assenta na natureza especial do procedimento e no princípio constitucional da justa indenização."*

Ora, tal excerto evidencia que a controvérsia acerca do valor da causa já havia sido suscitada em primeiro e segundo graus, indicando que as instâncias ordinárias deste Estado já haviam conferido interpretação consentânea com a jurisprudência supramencionada, fato este que possibilita a invocação da Súmula nº 343 do STF (*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*).

Assim, diante das excepcionalidades antevistas, não se há de acolher a pretensão rescisória sob o fundamento de afronta aos artigos 128 e 460 do CPC.

I.II. Afronta ao artigo 433, parágrafo único, do CPC

Na petição inicial desta rescisória, a CESP alega que a sentença violou o artigo 433, parágrafo único, do CPC, já que o laudo de seu assistente, que divergia daquele realizado pelo perito nomeado, foi juntado aos autos tempestivamente em razão da superveniência de férias forenses após a intimação das partes. Aduz, ainda, que a desconsideração do laudo do assistente pelo Juízo singular acarretou inegável prejuízo, pois o trabalho consignava a inexistência física da área, fato que, por si só, era suficiente para que se julgasse improcedentes os pedidos indenizatórios.

O pedido não merece acolhida.

O artigo 433, parágrafo único, do CPC consigna que "*os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo*".

Ao contrário do que faz parecer a concessionária autora, o Juízo singular não indeferiu os esclarecimentos do perito e nem sequer omitiu seu conteúdo do *expert*, mas sim deixou de considerá-lo para fins de fixação do valor dos danos materiais, circunstância esta que jamais configura afronta ao art. 433, parágrafo único, CPC.

Para se chegar a tal conclusão, é imprescindível tecer algumas considerações.

Como ressabido, a sistemática de esclarecimentos do perito encontra-se delineada no art. 435 do CPC, *in verbis*:

> *"Art. 435. A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos."*

Sobre tal procedimento, Marinoni e Mitidiero aclaram que "*o pedido de esclarecimentos (art. 435, CPC) não se confunde com a possibilidade de formulação de quesitos suplementares (art. 325, CPC). O pedido de esclarecimentos pressupõe a entrega do laudo e/ou dos pareceres dos assistentes técnicos em juízo.* ***O pedido de esclarecimentos visa propiciar às partes e ao órgão jurisdicional melhor compreensão do laudo e/ou dos pareceres apresentados***."[15] Grifei

Como se percebe, a finalidade dos esclarecimentos é buscar uma melhor compreensão do próprio laudo pericial, e não impugnar o método adotado pelo *expert* de confiança do Juízo.

Se assim não fosse, o laudo pericial jamais se mostraria apto ao fim a que se destina enquanto permanecesse contrariando os interesses da parte desfavorecida por seu conteúdo, em flagrante prejuízo ao bom desenvolvimento do processo.

Diante desta perspectiva, o simples fato de, à época, o teor do laudo não se mostrar consentâneo com as pretensões da concessionária não indicaria, *de per si*, a necessidade de esclarecimentos do perito, mormente se o trabalho restou perfeitamente compreendido pelas partes e pelo Juízo.

Entretanto, pelo que se infere da sentença hostilizada, especialmente analisando seu relatório, o Juízo intimou o perito judicial para prestar os esclarecimentos requestados, pois registrou:

> *"A requerida apresentou laudo divergente, às fls. 492-664, dizendo que a área reclamada nunca existiu fisicamente, impugnando a avaliação do perito judicial em sua totalidade, requerendo esclarecimentos às fls. 491.*
>
> ***O perito ofertou seus esclarecimentos às fls. 651-664****.*
>
> *Pelas partes foi dispensada a realização de outras provas.*
>
> *A CESP ofertou Alegações Finais às fls. 668-671 reiterando que a área faltante nunca existiu e nenhuma indenização é devida." Grifei*

Ora, pelo visto, não houve o indeferimento do pedido de esclarecimentos, mas tão somente a desconsideração das alegações pelo Juízo quando do julgamento do pedido, baseado na livre convicção motivada.

Por óbvio, as alegações da CESP poderiam ter sido consideradas e acolhidas pelo Juízo, inclusive sem necessidade de ouvir-se o perito[16], exatamente porque não objetivavam elucidações, e sim a reformulação do laudo para melhor atender aos seus interesses.

---

15 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2008. p. 411.

16 Neste sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: "PERICIA - ESCLARECIMENTOS. DESEJANDO A PARTE ESCLARECIMENTOS DO PERITO, DEVERA FORMULAR SEUS QUESITOS, NA FORMA ESTABELECIDA PELO ARTIGO 435 DO C.P.C. A IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PODE SER LEVADA EM CONTA PELO JUIZ, INDEPENDENTEMENTE DE QUAISQUER ESCLARECIMENTOS DO EXPERTO. (...)" (REsp 4.378/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/1990, DJ 29/10/1990, p. 12145) Grifei

Todavia, por prudência, o Juízo intimou o perito para prestar os esclarecimentos e, após as partes dispensarem a produção de outras provas, encerrou a instrução probatória, ofertando prazo para alegações finais.

Desta forma, não prevejo qualquer afronta ao artigo 433, parágrafo único, do CPC pelo simples fato de a magistrada sentenciante ter desacolhido as pretensões da CESP e fixado a indenização conforme a apuração do *expert*.

Até porque, a existência ou não da área litigiosa consubstanciava no principal ponto controvertido da demanda e, com base em várias provas e argumentos, a julgadora entendeu por bem acolher a pretensão dos proprietários.

Tanto o é que fez consignar que "*enquanto fato modificativo do direito dos autores, competia à contestante provar que a área reclamada existia apenas no papel, o que não aconteceu, existindo nos autos prova inconteste de que a área faltante existia no interior da fazenda dos autores antes da inundação*".

Para concluir pela existência da área, a julgadora se valeu da diferença entre a extensão da área registrada em cartório extrajudicial (2.701,00 hectares) e aquela que foi efetivamente desapropriada pela CESP (1.868,57+28,91 hectares); da área remanescente de 803,52 hectares, descontou-se os 552,79 hectares verificados em levantamento topográfico, chegando-se aos 279,63 hectares faltantes, que teriam sido "engolidos" pelo reservatório.

Além deste fundamento, a Juíza sentenciante valeu-se das fotos de satélite tiradas antes e depois da inundação, que demonstrariam com nitidez a divisa de 2.701,00 hectares da Fazenda Nossa Senhora Aparecida.

Ademais, assentou que "*o laudo pericial é absolutamente seguro em afirmar que a área existe fisicamente e foi tomada pelas águas do reservatório da usina da CESP*".

Por isso, se o procedimento instrutório foi perfeitamente observado e, na sentença, o Juízo deixou de considerar o laudo particular da concessionária para, em sentido diametralmente oposto, acolher o pedido da parte *ex adversa,* baseando o *decisum* nas provas dos autos e na convicção motivada, não se há de falar em vilipêndio ao artigo 433, parágrafo único, do CPC, já que a ação rescisória não visa rever a justeza da decisão.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça é categórico ao afirmar que "*o juiz não está adstrito ao laudo pericial. Ele pode formar sua convicção com outros elementos ou fatos evidenciados nos autos, dispensando outras provas produzidas, inclusive os laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes, desde que com devida fundamentação*" (AgRg no REsp 1166566/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 02/03/2011).

Não fosse suficiente isso, não obstante a CESP defenda a procedência do pedido rescisório em razão da tempestividade da apresentação do laudo de seu assistente técnico, ela não faz qualquer menção ao outro motivo que deu ensejo à desconsideração do trabalho técnico: "*os quesitos complementares foram assinados por assistente técnico não habilitado nos autos*".

Se havia outro motivo para a desconsideração, inexiste o pretenso prejuízo alegado na inicial a recomendar o acolhimento da pretensão rescisória.

Assim, desacolher a pretensão rescisória por vilipêndio ao artigo 433, parágrafo único, do CPC, também é medida de rigor.

I.III. Afronta ao artigo 458, inciso II, do CPC

Outro fundamento evocado pela concessionária autora é que a sentença teria violado o artigo 458, inciso II, do CPC (*são requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito*), já que não houve fundamentação na sentença rescindenda quanto à inclusão de danos hipotéticos dentre as parcelas indenizatórias que concedeu aos réus, os quais foram previstos no laudo judicial com base em mera cogitação advinda do poder imaginativo dos interessados (benfeitorias sem constatação física, número de cabeças de gado sugerido aleatoriamente pelo réu, gasto com traslado de gado, custo de reflorestamento).

Em que pese os argumentos despendidos pela CESP, é certo que sua pretensão não merece prosperar.

É que na sentença o Juízo singular destacou um tópico específico (2. Dos Danos Materiais) para fundamentar o acolhimento do pedido indenizatório por danos materiais, anotando que "*não se admite que os expropriados deixem de ser plenamente recompostos na sua condição jurídica anterior, notadamente em caso de esbulho administrativo perpetrado pela requerida*".

Dentre os fundamentos, postou que "*o valor justo do imóvel no caso de desapropriação é aquele que recompõe, exatamente, o que se colocava no patrimônio do expropriado e que lhe foi desfalcado*".

E complementou:

> *"Apesar do laudo apresentado não vincular a julgadora, que pode repelir todas as conclusões que não forem convincentes e seguras, tenho que o trabalho do 'expert' é irretocável.*
>
> *(..)*
>
> *Utilizando-se do mérito comparativo, desde que a área fosse exclusivamente destinada para atividade agropecuária da fazenda, considerou as benfeitorias, lucros cessantes, traslado de gado e reflorestamento da reserva legal, atribuiu o valor de R$ 1.602.395,28 (hum milhão seiscentos e dois mil trezentos e noventa e cinco reais e vinte e oito centavos), em maio de 2003.*
>
> *Já com o método involutivo, além do considerado utilizando-se do método comparativo, avaliou os lucros cessantes consistentes no que os autores deixaram de ganhar (em função da ocupação) com a frustração ou diminuição do potencial do empreendimento imobiliário e turístico e atribuiu ao imóvel valor de R$ 16.184.883,72 (dezesseis milhões, cento e oitenta e quatro mil oitocentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos)."*

Ora, se foi reconhecido, na sentença hostilizada, com amparo expresso em elementos de prova, que o valor fixado pela perícia judicial reflete a justa indenização, a alegação em sentido contrário, a motivar insurgência excepcional, encontra óbice em sede de Ação Rescisória, a teor da maciça jurisprudência do STJ que assenta ser "*incabível ação rescisória por violação de lei se, para apurar pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos*" (AgRg na AR 3731/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 283).

Nesta trilha, se o Juízo singular, no *decisum* atacado, acolheu o inteiro teor do laudo pericial realizado por *expert* de sua confiança, embasando seu entendimento nas constatações do perito em conjunto com a plausibilidade das alegações da parte interessada, não se há de falar em necessidade de apresentar fundamentação acerca de cada aspecto do trabalho ou da metodologia empregada.

Até porque, "*a ação rescisória não corrige eventual má interpretação da prova*" (RSTJ 5/17).

Assim, se as partes divergiram acerca da existência dos danos e o Juízo preferiu acolher o conteúdo encartado na pericia judicial, que favorecia o então requerente, parece-me óbvio a desnecessidade de fundamentar cada dano suportado, exatamente porque era o objeto do trabalho técnico, sob pena de o Juízo incorrer em tautologia.

Desta forma, em sendo impossível, nesta via excepcionalíssima, reapreciar as provas carreadas aos autos para o fim de constatar a pretensa violação literal ao artigo 458, inciso II, do CPC, afastar a pretensão rescisória sob tal fundamento é providência que se impõe.

II. Se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória (artigo 485, VI, do CPC)

Consoante os fundamentos da CESP em sua inicial, a sentença está lastreada em laudo pericial falso, maculado por inúmeros e irresponsáveis disparates, que ensejou conclusão absolutamente falsa e desprovida de qualquer fundamento fático e técnico, pois os 247,1208 hectares dos autores não estão debaixo d'água, não houve confirmação da existência de gado na área, do transporte destes, de benfeitorias, da implantação da reserva legal, sendo que a área foi avaliada com base no valor de lotes urbanizados.

Ademais, refere que a comprovação da inexistência da área e, por conseguinte, da falsidade do laudo judicial demanda conhecimento especial técnico (perícia) e seu indeferimento acarretou cerceamento de defesa.

Como relatado pelo e. Relator, a CESP logrou o reconhecimento do cerceamento de defesa na Corte Superior, ensejando a realização de nova prova pericial nos autos desta Rescisória.

Superada tal questão preliminar, quanto ao mérito do pedido de rescisão da sentença em razão de estar lastreada em prova falsa, tenho que melhor sorte não socorre a concessionária.

É que a discussão acerca da metodologia e interpretação empregada pelo *expert*, quando da confecção do laudo pericial, na ação originária, não poderia ser tema de ação rescisória.

A propósito, é ressoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiçaneste sentido. Confira-se:

> *"AÇÃO RESCISÓRIA. ALIENAÇÃO DE CONTROLE ACIONÁRIO. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ERRO DE FATO. NÃO-OCORRÊNCIA.*
>
> *1.* **Não há por que cogitar de má interpretação que justifique o jus rescindens se a aplicação do direito, nos moldes estabelecidos no acórdão rescindendo, guarda estreita vinculação com a qualificação jurídica conferida pelo Órgão Julgador aos elementos de prova carreados aos autos.**
>
> *2. O amplo e prolongado debate realizado no curso da ação ordinária acerca de suposto erro de fato na abordagem da causa de pedir é circunstância bastante para inviabilizar o manuseio da ação rescisória fundada no inciso IX do artigo 485 do CPC.*
>
> *3. Pedido julgado improcedente."* (AR 3.653/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 25/05/2009). Grifei
>
> *"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REAJUSTE SALARIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REEXAME DE PROVAS APRECIADAS NA AÇÃO ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

> *1.* **A ação rescisória não é o meio adequado para corrigir suposta injustiça da sentença, apreciar má interpretação dos fatos, reexaminar as provas produzidas ou complementá-las**. *Precedentes do STJ.*
>
> *2. Hipótese em que o acórdão rescindendo, com base no conjunto probatório dos autos, considerou não-comprovada a ilegitimidade ativa do recorrente para perceber o reajuste de que trata a Lei Estadual 10.395/95, questão somente provada nos autos da ação rescisória, pelo que inviável seu reexame e a conseqüente desconstituição do julgado.*
>
> *3. Recurso especial conhecido e provido."* (REsp 924.012/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008). Grifei

Assim, tenho que a perícia não poderia ser tachada de prova falsa, simplesmente por contrariar os interesses do ente expropriante, mormente quando o perito não introduziu elementos sabidamente falsos nela.

No mesmo sentido, o laudo judicial não poderia ser considerado incorreto, incompleto ou inadequado, se o responsável seguiu invariavelmente as regras técnico-profissionais para sua formalização.

Ainda que assim não fosse, pelo que foi amplamente demonstrado neste voto, a juíza não se fixou apenas no laudo pericial, pois considerou também as fotos de satélite tiradas antes e depois da inundação, além de outros elementos de prova levados pelas partes ao instrumento processual.

Desta forma, inexiste vício já que "*para que a rescisória proceda, é necessário que, sem a prova falsa, não pudesse subsistir a sentença*" (RTJ 82/333, RSTJ 106/153, RT 502/161, RF 247/161).

Em acréscimo, é ressabido que a rescisória não se presta ao papel de reformadora de injustiças, sob pena de transmutá-la de ação excepcional para recurso com prazo dilargado de dois anos.

E neste particular, se a parte sucumbente, ora autora, não devolveu à época seus inconformismos por meio dos recursos apropriados (apelação, p. ex.), não poderia agora valer-se da ação rescisória para reabrir o julgamento do mérito com fundamento em suposta falta de prova.

Não fosse suficiente isso para a rejeição do pedido inicial, lastreado no art. 485, VI, do CPC, certo é que fora realizada a prova pericial vindicada pela CESP nos presentes autos mas, contrariamente ao quando defendido pela autora, a conclusão pericial ratificou a validade do primeiro trabalho técnico, visto que concluiu que, de fato, uma área de 247,1208 hectares foi inundada pela formação do reservatório de Porto Primavera, a corroborar com a conclusão de que o pedido de rescisão é improcedente.

Outros elementos cognitivos corroboram com a conclusão de que a CESP está a rediscutir aquilo que foi expressamente decidido na demanda originária e a engendrar maneiras de macular o trabalho técnico realizado naqueles autos, nada obstante a nova perícia confeccionada nesta Ação Rescisória tenha confirmado a validade e legitimidade da primeira, mediante conclusão idêntica.

Sobre a controvérsia, restou consignado no laudo pericial de f. 1863-1891, no item "6. Resultados e Considerações", *in verbis*:

> *"Ressalta-se que a questão básica a ser elucidada por esta perícia é a comprovação da existência ou inexistência da área que a CESP fora condenada a indenizar nos autos da ação de desapropriação indireta, feito nº 197/02 em tramite nesta Comarca de Anaurilândia.*
>
> *Pelos documentos analisados pela equipe técnica afasta-se a hipótese levantada pela CESP da inexistência ou da não inundação de referida área.*

Para enfrentamento da referida questão se faz necessário embasar as conclusões técnicas em documentos confiáveis e seguros.

No presente caso, têm-se a matrícula nº 328, referente ao imóvel denominada Fazenda Nossa Senhora Aparecida, tem fé pública, sendo que a equipe pericial, durante o trabalho, pesquisas e levantamento efetuados, não encontrou qualquer indício que pudesse retirar a certeza e a legitimidade dos dados constantes do referido registro.

No presente caso, verificou-se que a hipótese levantada pela CESP, decorre de seu próprio erro quando da elaboração do levantamento cadastral da área que seria desapropriada da Fazenda Nossa Senhora Aparecida. O fato das distâncias existentes no polígono de desapropriação divergir dos existentes na matrícula, forçosamente implicaria na época, na medição da área total da Fazenda Nossa Senhora Aparecida para verificação de necessidade de retificação da matrícula – matrícula nº 328, data d e1976 e planta descritiva do polígono de desapropriação data de 1980.

A CESP ao não realizar esta medição, nem solicitar retificação da matrícula, reconheceu através da escritura de desapropriação que a área desapropriada era retirada da área maior de 2.701,00 hectares, tratando-se, portanto, de fato certo e inconteste.

As alterações promovidas pela CESP – aferidas pela equipe técnica – comprometem a confiabilidade da informação de que a área efetivamente inundada corresponde aos 1.897,48 ha expresso na planta descritiva PP-I-PR-D nº 27, e que foram desapropriados e indenizados.

É relevante apontar que os pontos onde houve alterações nos distanciamentos, atualmente encontram-se dentro da área submersa, o que impossibilitou a equipe técnica de aferir a área efetivamente inundada pertencente a Fazenda Nossa Senhora Aparecida.

E mais, as mudanças e alterações de rumos e distâncias introduzidos pela CESP em referido documento teve como consequência prática a diminuição da área, o que evidencia que a área inundada de fato foi superior a área desapropriada."

De fato, como visto, o único documento capaz de elucidar de forma indiscutível os pormenores da propriedade rural dos requeridos era a matrícula do imóvel – matrícula nº 328 –, cujo documento público faz emergir, com efeito *erga omnes*, uma presunção de veracidade e legitimidade quanto aos dados nela constantes.

Vale dizer, se a presunção era relativa *juris tantum* o ônus da demonstração da existência de erro no registro do imóvel era da CESP, pelo que lhe cabia, quando do levantamento cadastral da área, propor eventual medida de retificação do registro público.

Ocorre, entretanto, que a CESP não se valeu dos instrumentos ordinários colocados ao seu dispor pela legislação para corrigir eventual erro de medida da propriedade rural dos requeridos, a demonstrar que, se assim agiu, o fez porque não havia o que retificar.

Em outros termos, certo é que, se houvesse alguma dúvida acerca dos dados insertos na matrícula do imóvel, certamente a CESP, qualificada pela sua vasta experiência em situações análogas, teria promovido a retificação, antes da desapropriação, indenização e posterior inundação da área.

Teria demonstrado, por evidente, o equívoco constante da matrícula mediante o levantamento topográfico da área, realizado antes da inundação, documento este que encerraria qualquer discussão acerca da real extensão da propriedade.

Entretanto, a CESP jamais apresentou referido levantamento topográfico, tudo a permitir a conclusão de que "*ao não realizar esta medição, nem solicitar retificação da matrícula, reconheceu através da escritura de desapropriação que a área desapropriada era retirada da área maior de 2.701,00 hectares, tratando-se, portanto, de fato certo e inconteste*".

Ora, se não promoveu os atos que dela se esperavam é porque os dados constantes da matrícula eram verdadeiros, confirmando de forma segura a presunção de veracidade que dela emana, por ser instrumento público detentor de fé pública.

Como bem pontuado pela *expert* em seus esclarecimentos (f. 2045), "*se era notório e sabido que as matrículas ou transcrições antigas não possuem referências confiáveis, necessitando, portanto de revisões, a CESP assumiu o risco de proceder as desapropriações a despeito de eventuais incorreções e/ou diferenças que porventura surgissem entre as matrículas registradas e a totalidade da somatória das áreas desapropriadas e remanescentes, como é o caso da Fazenda Nossa Senhora Aparecida.*"

Acrescentou, ademais, que "*impossível conceber que a CESP, empresa conceituada, com larga experiência em questões de desapropriação de áreas e detentora de técnicas e equipes capacitadas e competentes, fosse tão ingênua que desconhecesse a necessidade do pedido de retificação de área. Também é inconcebível pensar que a diferença existente entre os levantamentos realizados pela CESP em relação à matrícula nº 328 tivesse passado despercebidas pela sua equipe técnica, que utilizou os métodos cartográficos mais modernos à época*".

E concluiu (f. 2046): "*A celeridade necessária para que a Usina pudesse sair do papel, possivelmente é o motivo da CESP ter prescindido da segurança futura em relação a questionamentos a respeito das desapropriações efetuadas ao não solicitar retificação das áreas das matrículas nas quais seus levantamentos eram divergentes, como é o caso da matrícula nº 328.*"

Nesta senda, confirmando a inexistência de falsidade no trabalho técnico realizado na ação originária, o laudo pericial assim concluiu (f. 1891):

> *"Diante da impossibilidade da equipe técnica efetuar o levantamento físico da área questionada, por estar submersa, não sendo facultado a esta equipe técnica elaborar hipóteses ou conjecturas, devendo suas conclusões lastrear em documentos legitimados e fatos efetivamente passíveis de comprovação objetiva, e considerando que a CESP, quando da desapropriação amigável reconheceu que a área da Fazenda Nossa Senhora Aparecida correspondia a 2.701,00 ha em conformidade com o documento público representado pela matrícula do imóvel sob o nº 328 e que a planta descritiva do polígono de desapropriação apresenta erros técnicos graves que comprometem a confiabilidade da mesma, conclui-se que houve efetivamente a inundação de uma área correspondente a 247,1208 hectares superior à área desapropriada, que não foi indenizada da referida propriedade."*

Logo, se todo o equívoco quanto ao levantamento da área foi da própria CESP, não há dúvidas que deve ela arcar com o ônus de sua própria incúria, não sendo permitindo a esta responsável querer prorrogar o deslinde da controvérsia, mediante indevidas imputações de vícios, quando claramente demonstrada a higidez dos trabalhos técnicos realizados tanto na ação originária quando nesta rescisória.

E nem se diga, como procura defender a CESP, que todo o esclarecimento dos fatos e a demonstração da falsidade da primeira perícia seria possível com a elaboração de um mosaico, a partir da titulação primitiva expedida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

De nada adiantaria, para se definir se a Fazenda Nossa Senhora Aparecida realmente detinha a área correspondente a 247,1208 hectares não indenizados, a realização do referido mosaico de titulação primitiva, na medida em que tais títulos remontam às décadas de 40 e 50, onde a tecnologia e as metodologias

de medição eram precárias, comprometendo os pontos de referência a serem considerados. Até porque, a configuração dominial da época não corresponde à atual, tendo havido inúmeras alterações físicas e registrais desde então, inclusive submersão de grande parte das terras com o empreendimento da CESP, a tornar inútil a confecção do referido elemento cognitivo.

Não é por outra razão, a propósito, que a *expert* nomeada nos presentes autos, fez constar da resposta ao quesito nº 1 da CESP (f. 1893-1894):

> *"A equipe pericial não obteve sucesso no levantamento de todos os documentos necessários para a elaboração do referido mosaico, sendo que, a CESP não encaminhou referidas documentações para que pudesse permitir a confecção do levantamento solicitado.*
>
> *Ressalte-se que mesmo com a posse das matrículas, a elaboração do mosaico solicitado ainda ficaria prejudicado, pois os títulos primitivos não apresentam coordenadas geográficas para sua exata localização. A tecnologia e os métodos existentes na época, décadas de 1940 e 1950 não eram coordenadas, sendo comum a amarração dos pontos de divisa entre propriedades em pontos de referência como córregos e outros acidentes geográficos, o que demandaria a conferência física dos pontos de divisa, que a esta altura seria impraticável, visto que, grande parte das áreas encontram submersas, circunstância esta que implica na alteração da morfologia existente anteriormente e comprometimento dos pontos de referência."*

Logo, por qualquer ângulo que se visualize a questão, não se haveria de reconhecer a existência de uma sentença fundada em prova falsa ou em erro de fato sobre a controvérsia.

Tanto o é que a Procuradoria-Geral de Justiça, por mais de uma vez, ofertou parecer nos autos (f. 1614-1627; f. 2145-2146), opinando pela improcedência da ação rescisória, tudo a confirmar a correção da conclusão do julgamento.

Assim, no que toca ao artigo 485, VI, do CPC, rejeito igualmente a pretensão rescisória.

III. Fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (artigo 485, IX, do CPC).

Pelo que se infere da petição inicial, a CESP sustenta que a sentença deve ser rescindida por estar fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

No que se refere ao erro de fato como causa de rescindibilidade, alguns requisitos mínimos devem ser evidenciados, sob pena de o pedido ser julgado improcedente. São eles: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo, de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar o erro; c) não tenha havido controvérsia sobre o fato; d) que sobre ele tampouco tenha havido pronunciamento judicial (REsp 784166/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 13/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 259).

A falta de qualquer destes pressupostos, como já mencionado, enseja a rejeição do pedido encartado na rescisória.

Tecida esta nota introdutória, passo ao exame dos pretensos erros de fato suscitados nesta oportunidade.

III.I. Erro de fato quanto à admissão de dano material que concretamente inexistiu

Nas razões da CESP, a sentença teria considerado a existência de benfeitorias, número de cabeças de gado e gasto com traslado de reses, sem a efetiva comprovação pelos então requerentes, cujo laudo albergado

pela sentença rescindenda levou em consideração apenas as informações prestadas pelos interessados. Logo, conforme a autora, o Juízo admitiu como existente fato que concretamente não existiu.

Mais uma vez a concessionária busca, pela via inadequada, revolver as provas carreadas aos autos, para viabilizar a alteração da conclusão lançada na sentença objurgada.

É indiscutível que há erro quando "o fato ficou evidentíssimo nos autos e foi negado pela decisão rescindenda" (RF 293/246)[17]. Caso contrário, em se tratando de ponto controvertido em que o Juízo se inclinou pelo acolhimento de uma das hipóteses possíveis, não se há de falar em erro de fato.

No caso, visando conferir uma justa indenização aos proprietários da área de 279,63 hectares, fração esta suprimida pela formação do reservatório da usina da CESP, a juíza sentenciante acolheu, na íntegra, a perícia judicial e condenou a empresa expropriante no pagamento dos danos materiais (benfeitorias, número de cabeças de gado, gasto com traslado de reses, etc).

O valor da indenização foi debatido nos autos e, ao final, a pretensão dos então requerentes foi acolhida pela julgadora, que estabeleceu o montante indenizatório em R$ 16.184.883,72.

Pelo visto, a existência dos danos materiais era o ponto nodal da pretensão indenizatória e, ao final, o Juízo se pronunciou favoravelmente aos proprietários da terra, concedendo-lhes a justo preço pela desapropriação, tudo a indicar que o caso não se subsume ao erro de fato.

Em que pese o esforço da autora em tentar demonstrar a injustiça da decisão, é certo que este fundamento mostra-se inábil para o acolhimento da pretensão rescisória com base no erro de fato.

É que, como bem assentado pela Corte de Estrito Direito, "*Não cabe ação rescisória para 'melhor exame da prova dos autos'. Seu cabimento, com base no inciso IX do art. 485, supõe erro de fato, quando a decisão rescindenda tenha considerado existente um fato inexistente, ou vice-versa, e que, num ou noutro caso, não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o referido fato (art. 485, § § 1º e 2º)"* (AgRg na AR 3731/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 283).

Não é por outra razão que Negrão, Gouvêa e Bondioli anotam[18] que "*Se o juiz, 'errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a não ocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível' (Bol. AASP 1.600/197, citando Barbosa Moreira)*". E complementam com a seguinte nota:

> *"'O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela'* (Bol. AASP 1.678/supl., p. 6, com farta jurisprudência). No mesmo sentido: RF 331/300."

Desta maneira, em não se vislumbrando o propalado erro de fato quanto aos danos materiais, mas sim patente inconformismo com a suposta injustiça da decisão, a pretensão rescisória da CESP não merece vingar.

III.II. Erro de fato quanto à juntada extemporânea do laudo divergente que foi tempestivamente levado aos autos pelo protocolo integrado

17 NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luiz Guilherme A. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor** [com a colaboração de João Francisco Naves da Fonseca]. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. nota 42ª. ao art. 485. p. 575.

18 ***Idem***. nota 43ª. ao art. 485. p. 576.

Finalmente, a CESP alega que a sentença reputou extemporânea a juntada de laudo divergente produzido por seu assistente técnico, nada obstante a referida peça tenha sido protocolizada oportuna, regular e tempestivamente aos autos, por meio do protocolo integrado.

Esta questão, apesar de amplamente tratada no tópico I.II (Afronta ao artigo 433, parágrafo único, do CPC) deste voto, é devolvida pela autora como suposto erro de fato.

Como já esclarecido, de modo contrário ao que faz parecer a CESP, "*o Juízo singular não indeferiu os esclarecimentos do perito e nem sequer omitiu seu conteúdo do* expert*, mas sim deixou de considerá-lo para fins de fixação do valor dos danos materiais*".

Vale dizer, baseando-se na livre convicção motivada, o magistrado sentenciante desacolheu o laudo complementar para chancelar integralmente o valor dos danos materiais indicado pelo perito no laudo judicial.

Nesta senda, se o procedimento instrutório foi integralmente observado e, na sentença, o Juízo deixou de considerar o laudo particular da concessionária para, em sentido oposto, acolher o pedido da parte *contrária,* baseando seu entendimento nas provas dos autos e na sua convicção motivada, inexiste erro de fato a ser sanado nesta ação rescisória.

Isso porque, "*o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, dispensando outras provas produzidas, inclusive os laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes, dês que com devida fundamentação. Precedentes: REsp nº 1.109.049/SC, Relatora Ministra Denise Arruda, in DJe 1º/7/2009 e AgRgREsp nº 705.187/SC, Relator Ministro Luiz Fux, in DJ 26/9/2005*" (REsp 1090221/PE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 22/09/2009, DJe 29/09/2009).

Demais disso, ainda que se considerasse existente o erro de fato, pela tempestividade da juntada do laudo nos autos, é certo que a conclusão do julgamento originário não se modificaria, pois o laudo particular do assistente técnico retratava a tese refutada pela sentença de mérito, indicando que seu conteúdo não abalaria a convicção formada pelo julgador.

Mesmo porque, o laudo particular se prestou tão somente a criticar a metodologia empregada pelo perito judicial, reafirmando as teses de defesa da CESP, sem comprovar cabalmente qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo da pretensão dos proprietários-requerentes, evidenciando que a irresignação da CESP, nesta oportunidade, é com a má interpretação de uma prova ou injustiça da decisão, o que é vedado em ação rescisória.

Neste sentido, veja-se julgado do STJ:

> *"Processo civil. Ação rescisória. Erro de fato. Montante do débito apurado em perícia judicial. Descaracterização.*
>
> *- Para a caracterização de erro de fato que autorize a propositura da ação rescisória são necessários dois requisitos: primeiro, que a decisão rescindenda considere existente fato não ocorrido, ou não existente fato ocorrido; e, concomitantemente, que a questão não tenha sido discutida no processo originário.*
>
> **- A impugnação do conteúdo de um laudo pericial não pode ser considerada erro de fato para fins de ação rescisória. A mera injustiça, ou má apreciação de uma prova, não autorizam a rescisão do julgado.**
>
> **Recurso não conhecido.***"* (REsp 225.309/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER,

Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 22/05/2006, p. 190) Grifei

Assim, se esta ação excepcional não se presta para verificar a justeza da decisão trânsita em julgado, mas sim corrigir eventual vício intransponível taxativamente previsto nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil, e considerando que, na hipótese, o suposto erro de fato estaria ligado à tempestividade da juntada do laudo particular, que se mostra até mesmo desnecessário para a formação da convicção do julgador, o pedido rescisório da CESP, sob tal pretexto, deve ser refutado.

Em vista de tudo o quanto foi exposto, inexistindo a configuração de qualquer das previsões do art. 485, V (violação de literal disposição de lei), VI (sentença fundada em prova falsa) e IX (erro de fato), do Código de Processo Civil, hei por bem acompanhar o ilustre Relator, para julgar improcedente a pretensão rescisória aviada pela Companhia Energética de São Paulo – CESP, na ação rescisória nº 2004.013947-5 ajuizada contra Santiago Soriano Estrela e de sua esposa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 09 de março de 2015.

***

2ª Seção Cível
Embargos de Declaração n. 0013947-78.2004.8.12.0000/50015 - Anaurilândia
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO RESCISÓRIA – IMPROCEDÊNCIA – LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO PRÉVIO EM FAVOR DOS RÉUS – POSSIBILIDADE – OMISSÃO CONFIGURADA – EMBARGOS ACOLHIDOS.

Na ação rescisória, a perda do depósito inicial em favor do réu é consequência do julgamento colegiado unânime de improcedência, ante os expressos termos da lei e a orientação firmada pelo STF e o STJ.

Tal se declara para permitir o levantamento pleiteado, suprida a omissão.

EMBARGOS DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – RECURSO HORIZONTAL QUE NÃO SE PRESTA À REDISCUSSÃO DE MATÉRIA – LIMITES DO ART. 535, I e II, DO CPC – PREQUESTIONAMENTO EMBARGOS REJEITADOS.

Por ser um recurso horizontal, próprio para se obter a exata interpretação da decisão, não podem os embargos de declaração fugir dos limites traçados nos incisos do art. 535 do CPC.

Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida, quando não configurados os vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

Não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida, para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida.

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 unanimidade, acolher os embargos opostos pelo Espólio de Maria Figueiredo Soriano e Santiago Soriano Estrela e rejeitar os embargos opostos pela Cesp - Companhia Energética de São Paulo, nos termos do voto do Relator. Ausente, por férias, o Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 11 de maio de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Santiago Soriano Estrela, Espólio de Maria Figueiredo Soriano, e CESP- Companhia Energética de São Paulo, interpõem embargos de declaração contra o acórdão de f. 2.267-337, que julgou improcedente a presente ação rescisória.

Santiago Soriano Estrela e Espólio de Maria Figueiredo Soriano, dizem que o acórdão foi omisso quanto ao levantamento do depósito de 5% sobre o valor da causa. Assim, pedem o acolhimento dos embargos para que seja determinado o levantamento do valor do depósito previsto no art. 488, II, do CPC (f. 2.384-7).

Já a CESP - Companhia Energética de São Paulo, em suas razões, pretende, em síntese, o prequestionamento da matéria (f. 2.389-406), e para tanto pede que haja expressa manifestação sobre:

A) A alegada literal violação de lei (art. 485, V, do CPC), como causa de rescisão da sentença, com vistas no disposto nos artigos 128 e 460, do CPC, em razão de os réus da rescisória terem afirmado que fizeram pedido certo e determinado e, nada obstante, essa E. Corte, ao julgar a rescisória, ter desconsiderado esta declaração, mesmo em se tratando de direito disponível.

B) A falta de fundamentação da sentença (art. 458, II, do CPC) sob o ponto de vista material, indicando, se porventura houver, onde se encontra a fundamentação do laudo pericial para sustentar a adoção do método involutivo como supedâneo de eventual indenização.

C) Sobre a alegação de erro de fato (art. 485,IV do CPC), porque a juíza prolatora da sentença teria considerado intempestiva a manifestação do assistente técnico da CESP, quando esta era tempestiva, e ao rejeitar a rescisória neste ponto, *"se pode supor que, na verdade, o acórdão acolheu, em sede de juízo rescindente, a existência do erro de fato, mas no juízo rescisório, julgou-a improcedente."* (f. 2.389).

Por fim, pede que seja proferida expressa manifestação sobre o disposto no art. 494, do CPC, para fins de prequestionamento, porquanto na particular hipótese dos autos se mostra necessário o julgamento do feito em primeira instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, tudo porque, tendo havido *error in procedendo,* o que acarreta a nulidade da decisão, outra deve ser proferida pelo juízo originário.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Tratam-se de embargos de declaração opostos por CESP - Companhia Energética de São Paulo, Santiago Soriano Estrela e Espólio de Maria Figueiredo Soriano, contra o acórdão de f. 2.267-337, que julgou improcedente a presente ação rescisória.

Santiago Soriano Estrela e Espólio de Maria Figueiredo Soriano, dizem que o acórdão foi omisso quanto ao levantamento do depósito de 5% sobre o valor da causa. Assim, pedem o acolhimento dos embargos para que seja determinado o levantamento do valor do depósito previsto no art. 488, II, do CPC (f. 2.384-7).

Já a CESP - Companhia Energética de São Paulo, em suas razões, pretende, em síntese, manifestação expressa sobre a alegada violação de lei (art. 485, V, do CPC) como causa de rescisão da sentença, com vistas no disposto nos arts. 128 e 460, ambos do CPC; sobre a falta de fundamentação da sentença sob o ponto de vista material, indicando, se porventura houver, onde se encontra a fundamentação do laudo pericial para sustentar a adoção do método involutivo como supedâneo e eventual indenização; bem como sobre o art. 494, do CPC.

I – Dos embargos de Santiago Soriano Estrela e Espólio de Maria Figueiredo Soriano.

Os embargantes afirmam que o acórdão foi omisso quanto ao levantamento do depósito de 5% sobre o valor da causa.

Pois bem. O depósito inicial tem a finalidade clara de evitar a propositura desmedida de ações rescisórias, não se cogitando de qualquer natureza indenizatória ao réu. Não tem caráter indenizatório, não visa a compensar a parte vencedora de possíveis prejuízos, mas a reprimir uma forma de abuso no exercício do direito de ação.

Esses dois fundamentos (ausência de caráter indenizatório e caracterização do exercício abusivo do direito de ação) demonstram que o depósito inicial feito pelo autor somente será perdido nas situações que a norma jurídica expressamente indicar como geradoras da sanção.

Assim, a destinação do depósito prévio (art. 488, II, do CPC) realizado no âmbito da ação rescisória, se subsume às hipóteses taxativas descritas no art. 494, do CPC. Vejamos:

> *Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:*
>
> *(...)*
>
> *II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.*
>
> *Parágrafo único. Não se aplica o disposto no n.º II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.*
>
> *Art. 494. Julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20.*

Portanto, declarada inadmissível ou improcedente a ação, por unanimidade de votos, a importância do depósito reverterá a favor do réu, o que é o caso dos autos.

Nesse sentido:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PREVISTO NO ARTIGO 488, INCISO II, DO CPC. DESTINAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DEVOLUÇÃO PARA O AUTOR DEPOSITANTE. AGRAVO REGIMENTAL POSTERIORMENTE INTERPOSTO PELO AUTOR. JULGAMENTO UNÂNIME PELO ÓRGÃO COLEGIADO, NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. ART. 494 DO CPC. CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM FAVOR DA PARTE RÉ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INTEGRATIVOS. 1. Na ação rescisória, a perda do depósito inicial em favor do réu depende de existência de julgamento colegiado unânime em seu desfavor, ante os expressos termos da Lei e a orientação firmada pelo STF e o STJ, e não importando o fato de ter havido contestação. (AgRg na AR 4082/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 01/02/2011) 2. No caso, o autor interpôs agravo regimental em face da decisão monocrática que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, tendo o órgão colegiado negado provimento, de forma unânime, ao referido recurso. Assim, tendo ocorrido julgamento colegiado unânime, o depósito prévio, de fato, deve ser revertido à parte ré. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos integrativos à decisão embargada, para permitir o levantamento do depósito prévio pelo réu da ação rescisória.* (STJ; EDcl-AgRg-AgRg-AR 4.083; Proc. 2008/0218936-4; TO; Segunda Seção; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 19/08/2014)

> *AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. 1) DEPÓSITO INICIAL. DESTINAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA APÓS A CONTESTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO UNÂNIME LEVANTAMENTO PELO AUTOR, ANTE A ORIENTAÇÃO DO STJ E DO STF DE EXIGÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO UNÂNIME PARA A PERDA DO DEPÓSITO EM FAVOR DO RÉU EXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO QUE NÃO INTERFERE NO DESTINO DO DEPÓSITO, MAS APENAS NORTEIA A SUCUMBÊNCIA. 2) SUCUMBÊNCIA. EXISTÊNCIA DE NUMERÁRIO DEPOSITADO NOS AUTOS. LEVANTAMENTO DO VALOR DA SUCUMBÊNCIA, INCLUSIVE HONORÁRIOS, DESCONTANDO-SE DO VALOR DEPOSITADO. 3) DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Na ação rescisória, a perda do depósito inicial em favor do réu depende de existência de julgamento colegiado unânime em seu desfavor, ante os expressos termos da Lei e a orientação firmada pelo STF e o STJ, e não importando o fato de ter havido contestação. II. No caso, a ação rescisória foi julgada extinta, após contestação, mas por decisão monocrática transitada em julgado, de modo que não ocorreu julgamento colegiado unânime, razão pela qual deve o autor recobrar o valor do depósito garantidor da multa (CPC, art. 488, II). III. O valor da sucumbência, com seus acréscimos, a cargo da autora, deve ser retirado do valor do depósito inicial. lV. Deve ser deferido o levantamento do valor da sucumbência pela ré, após a intimação e decurso de prazos recursais, informando a ré, nestes autos, qual o montante efetivamente levantado, determinando-se, ainda que, realizados o levantamento e a informação, pela ré, do valor efetivamente levantado, seja a autora, por normal publicação a seus E. Procuradores, intimada do valor levantado, para que possa ela, a autora, no que faltar, cumprir a sentença, independentemente de mais intimações, realizando os necessários cálculos, nos termos do art. 475 - J, do Cód. de Proc. Civil, e incidindo, no caso de não cumprimento em 15 dias, a multa de 10% prevista em referido dispositivo legal. V. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgamento agravado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. lV. Agravo Regimental improvido.* (STJ; AgRg-AR 4.082; Proc. 2008/0218456-5; MG; Segunda Seção; Rel. Min. Sidnei Beneti; Julg. 23/06/2010; DJE 01/02/2011)

Por tais razões, os presentes embargos merecem ser acolhidos, suprindo-se a omissão para o fim de se declarar o direito dos réus e permitir o levantamento do depósito inicial em seu favor, de vez que a ação rescisória foi julgada improcedente por unanimidade.

II – Dos embargos da CESP - Companhia Energética de São Paulo.

O voto tratará, apenas, das questões de direito, posto que à Corte não compete tratar de matéria estranha, própria de folhetins, de que cuidam aqueles que aspergem veneno próprio de tal caráter.

A embargante pretende, em síntese, o prequestionamento de determinados artigos de lei por entender ser indispensável à abertura da via excepcional.

Para tanto, afirma que em três pontos específicos do julgado teria ocorrido omissão ou contradição.

Primeiro, diz que duas foram as razões para negar a ocorrência da violação dos artigos 128 e 460, ambos do CPC, quais sejam: o pedido não era certo nem determinado, mas meramente estimativo, e impunha-se ao Judiciário aferir mediante perícia, cuja realização não foi impugnada pela ora embargante, o valor da justa indenização (f. 2.392).

Porém, os próprios embargados, ao tempo em que impugnaram a contestação ofertada na ação de indenização por eles movida, teriam, expressamente, afirmado que fizeram pedido certos e determinados.

Assim, não colhe o argumento lançado no acórdão de que se a CESP não impugnou a perícia era porque sabia que o valor pretendido pelos autores era estimativo (f. 2.395).

Segundo, afirma que o acórdão merece aclaramento no que tange a alegada violação ao art. 485, II, do CPC, na medida em que recusou o acolhimento da alegação ao sustentar que a sentença rescindenda é fundamentada ao fazer remissão ao laudo pericial.

Contudo, o acórdão deixou de examinar a fundamentação do próprio laudo pericial que, no que toca ao arbitramento do milionário valor sufragado pela sentença, não trouxe qualquer justificativa ou motivação.

Assim, seria sofística a conclusão pura e simples de que a sentença possui fundamentação porque referiu-se ao laudo e nele se fundamentou, se não se verificar se este é fundamentado (f. 2.397).

Pede que haja expressa fundamentação sobre a falta de fundamentação da sentença sob o ponto de vista material, indicando, se porventura houver, onde se encontra a fundamentação do laudo pericial para sustentar a adoção do método involutivo como sucedâneo de eventual indenização.

Terceiro, diz que ao rejeitar a alegação de erro de fato, o acórdão o fez ao argumento de que mesmo que a magistrada tivesse considerada tempestiva a manifestação do assistente técnico da CESP e, portanto, levado em conta a referida manifestação, não estaria ela obrigada ou vinculada às considerações nela realizadas, donde se pode supor que, na verdade, o acórdão acolheu, em sede de juízo rescindente, a existência do erro do erro de fato, mas, no juízo rescisório, julgou-a improcedente.

Pede, assim, que haja expressa manifestação sobre o disposto no artigo 494, do CPC, porquanto na particular hipótese dos autos se mostra necessário para o julgamento do feito em primeira instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, tudo porque, tendo havido *error in procedendo*, o que acarreta a nulidade da decisão, outra deve ser proferida pelo juízo originário.

Pois bem. Como é cediço, nos termos do que dispõe o artigo 535, do CPC, os embargos de declaração constituem recurso de rígidos de contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento que estejam presentes os pressupostos processuais de cabimento.

Dessa forma, somente será possível seu manejo quando tenha por finalidade completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições.

Em que pese as alegações da embargante, não há omissões ou contradições a serem sanadas.

É que todos os pontos acima citados são apenas reiteração dos fundamentos anteriormente refutados.

Assim, vislumbra-se apenas o inconformismo da parte recorrente, com nítido interesse de rediscussão, sob nova roupagem, da matéria já amplamente apreciada.

Verifica-se a contradição sempre que existirem proposições inconciliáveis entre si, de forma que a afirmação de uma logicamente significará a negação de outra.

Nesse sentido:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. GESTÃO FRAUDULENTA. PRÁTICA DE ATOS DE GESTÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.*

> *1. A contradição que enseja o acolhimento dos declaratórios é aquela interna no julgado que contém proposições inconciliáveis entre si, e não entre a decisão embargada e fato externo, ou a tese defendida pela parte e a adotada em outros julgados.*
>
> 2. (...) (EDcl no REsp 1387100/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015)

Já a omissão configura-se no silêncio do órgão julgador sobre qualquer das pretensões da parte, o que não é o caso.

Vejamos:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REQUISITOS DA REPARAÇÃO CIVIL CONFIGURADOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PEDIDO DE REDUÇÃO. VALOR RAZOÁVEL. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. JUROS DE MORA. SÚMULA 54 DESTA CORTE SUPERIOR.*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Não se constata violação ao art. 535 do CPC quando a col. Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões suscitadas em sede de apelação cível e de embargos declaratórios. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade no julgado.*
>
> 2. (...) (AgRg no AREsp 564.418/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 20/03/2015)

Nesse contexto, basta uma simples leitura do acórdão para perceber que todos os pontos essenciais da controvérsia foram dirimidos, não necessitando o julgado de qualquer esclarecimento por meio dos embargos declaratórios.

Vale ressaltar que a exposição ampla dos fundamentos que determinam o convencimento quanto às matérias submetidas à apreciação recursal é suficiente para que se dê por completa e acabada a prestação jurisdicional.

Nesse sentido:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIA DE FATO.*
>
> *1. Constando do julgado trecho impertinente para caso, sem que, contudo, tenha comprometido o entendimento e a fundamentação do acórdão embargado, deve ser meramente determinada sua exclusão.*
>
> *2. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão, contradição ou erro material porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso.*
>
> *3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.* (EDcl no AgRg no Ag 898.203/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 18/03/2015)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIAÇÃO. INVIABILIDADE. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.° 211 DO STJ. HONORÁRIOS. REDUÇÃO DO QUANTUM. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via especial suposta violação de matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *2. Inexistentes as hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida os embargos de declaração que têm nítido caráter infringente.*
>
> (...) (AgRg no AREsp 484.160/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 09/03/2015)

Por fim, é de se lembrar que o juiz não aplica o direito conforme a pretensão das partes, mas sim de acordo com o seu livre convencimento (CPC, art. 130).

Basta ao magistrado encontrar e justificar o motivo que o persuadiu acerca de que a razão está com esta ou aquela parte, para encerrar a lide, acolhendo ou não o pedido do autor, sem necessidade de responder a um verdadeiro questionário declinado por quem pretenda chegar à superior instância, fazendo expressa referência sobre cada dispositivo legal por ela abordado.

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.

Não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida, para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida.

Aliás, a opção por esta medida decorre da aplicação natural do princípio *jura novit curia*, segundo o qual não há necessidade de mencionar os dispositivos legais indicados, que implicitamente restaram afastados pela decisão contrária aos interesses da embargante.

Nesse sentido:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DURANTE PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO CARACTERIZADA. EXPECTATIVA DE DIREITO CONVOLADA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inocorrentes, tornam inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. 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. 3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, relator o ministro Marco Aurélio, 1.ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260AgR-ED, relator o Ministro Celso de Mello, 2.ª Turma, DJe de 9/9/2011). 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: " administrativo. Constitucional. Concurso público. Professor. Candidato*

> *aprovado fora do número de vagas previsto no edital. Expectativa de direito à nomeação. Posterior contratação temporária. Existência de vagas no prazo de validade do concurso para o mesmo cargo comprovada. Direito líquido e certo à nomeação. " 5. Embargos de declaração desprovidos.* (STF; RE-AgR-ED 733.596; MA; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 01/04/2014; DJE 22/04/2014; Pág. 39)

O contido nos embargos apresentados pela CESP, aliás, bem demonstra a intelecção do julgado, que não necessita ser aclarado nem complementado, posto que, como se verifica, por exemplo, do item 5 dos ditos embargos, a embargante enumerou todas as razões, contidas no acórdão, que refutaram a alegada ofensa aos art. 128,. 460, 485, V, e 458, II, todos do CPC.

Assim também agiu, no discorrer dos embargos, relacionando todos os argumentos que utilizou para intentar a ação rescisória, com os fundamentos pelos quais eles foram rejeitados, contidos no acórdão.

Isto, por si, demonstra a desnecessidade dos embargos declaratórios intentados pela empresa.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração de Santiago Soriano Estrela e Espólio de Maria Figueiredo Soriano, para sanar a omissão apontada e autorizar o levantamento do depósito efetivado na inicial, mediante expedição de alvará.

Rejeito os embargos de declaração opostos pela CESP - Companhia Energética de São Paulo, por não restar caracterizada qualquer das hipóteses elencadas no artigo 535, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram os embargos opostos pelo espólio de Maria Figueiredo Soriano e Santiago Soriano Estrela e rejeitaram os embargos opostos pela CESP - Companhia Energética de São Paulo, nos termos do voto do relator. ausente, por férias, o Des. Nélio Stábile.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 11 de maio de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0028830-51.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE DE PRESO NO INTERIOR DA DELEGACIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – AFASTADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – ART. 1.º-F DA LEI N.º 9.494/97 – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL IMPROVIDO – RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a responsabilidade objetiva do Estado no caso de morte de preso custodiado em unidade prisional.

Para a fixação dos danos morais o juiz tem o dever de orientar-se pelos critérios adotados pela doutrina e pela jurisprudência, com atenção ao princípio da razoabilidade, devendo valer-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Comprovado que a pessoa que faleceu na prisão desempenhava atividade laboral remunerada, deve ser concedida indenização por danos materiais a companheira do falecido.

Em razão do julgamento pelo STJ, pela sistemática dos recursos repetitivos, havendo condenação da Fazenda Pública, os juros de mora devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, enquanto a correção monetária, diante da declaração parcial de inconstitucionalidade do artigo 1.º-F, da Lei n.º 9.494/197, pelo Supremo Tribunal Federal, será calculada pelo IPCA.

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, afastar a preliminar; por maioria negar provimento aos recursos, nos termos do voto do revisor, vencido parcialmente o relator.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas respectivamente por Maria Auxiliadora Lemes da Silva e Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (fls. 304-314) que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais e materiais em epígrafe.

A apelante alega, em suas razões recursais, que:

> *Houve a determinação de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00. Ocorre que com relação à extensão do dano, a quantificação deve considerar o grau da ofensa e suas conseqüências (gravíssimas, neste caso), tudo na tentativa de evitar a impugnidade dos ofensores. (f. 323).*
>
> *Deve balizar também a quantificação, o fato do falecido nunca ter se envolvido em outros incidentes, visto que não possuía antecedentes criminais. Ora, isso, de per si, já demonstra que o apenado conduzia sua vida de forma balizada nos preceitos jurídico, sem nunca antes ter se envolvido em qualquer tipo de delito, o que agrava sobremaneira a lesão à esfera moral da autora. (f. 323).*
>
> *Deste modo, requer a esta Corte de Justiça, a majoração da condenação, em conformidade com a especialidade do caso e suas circunstâncias agravantes. (f. 324).*

Ao final, requer "(...) *provimento ao presente apelo, reformando a parte recorrida para o fim de majorar a condenação em danos morais, dadas as especificidades e agravantes* (...)." (f. 325).

O Estado ora apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões, pugnando, em suma, pela manutenção da sentença ora combatida (fls. 349-356).

Por sua vez, o ente estatal também apela, asseverando, em síntese, que:

> *A r. sentença decidiu afastar a argüição de ilegitimidade passiva do Apelante ao simples argumento de que as lesões ocorridas no Sr. Luiz ocorreram no interior da Delegacia de Polícia, antes de sua transferência para a Penitenciária, de modo que cabe a Administração Direta (Polícia Civil) a gerência da carceragem nas delegacias, competindo à AGEPEN a responsabilidade pela custódia dos presos nas unidades prisionais. (f. 334).*
>
> *Assim, não se pode presumir que as lesões ocorreram dentro das dependências da 4ª DP, uma vez que ficou devidamente provado nos autos, pelos ofícios anexados e pela oitiva de testemunhas, que o custodiado foi recebido no estabelecimento prisional em perfeito estado. (f. 334).*
>
> *O que se pode constatar, ao revés, é que a postulante em nenhum momento da persecução do processo, logrou êxito em comprovar que a razão do falecimento do seu companheiro foram as supostas agressões perpetradas por policiais, dentro da Delegacia de Polícia. (f. 334).*
>
> *Portanto, se o preso adentrou na penitenciária em perfeito estado de saúde, e em seguida, já sob a custódia da AGEPEN, veio a falecer no Hospital Regional, mostra-se clara a ilegitimidade passiva do requerido. (f. 334).*
>
> *Não restou devidamente demonstrado o suposto comportamento negativo do Estado, ensejador do dever de indenizar. Uma vez afirmada a configuração da omissão, devesse comprovar a culpa, ou seja, se faz necessário demonstrar que, possuindo os agentes, condições de impedir a prática ilícita, assim não procederam, o que não ocorreu no presente caso. (f. 336).*
>
> *De toda forma, no presente caso, haverá de persistir a tese alegada pelo Estado, da culpa exclusiva da vítima na concretização do resultado, excludente tanto da responsabilidade objetiva como da responsabilidade subjetiva, como se demonstrará. (f. 336).*

A documentação colacionada com a contestação, como os depoimentos dos próprios detentos, indica que o Sr. Luiz apresentava perturbação mental, tendo crises de epilepsia, ocasião em que se debatia muito contra as paredes da cela (inclusive correndo e colidindo a cabeça contra a parede), jogando-se ao chão, tentando, inclusive, sair pela pequena abertura existente na porta para a passagem de alimento aos segregados. Tais fatos foram presenciados por cerca de quinze detentos que com ele dividiam a cela (fls. 169/21). (f. 337).

Da análise dos fatos como apurados, tem-se, indene de dúvidas, que se trata de danos oriundos de culpa exclusiva da vítima, já que não era o Poder Público sabedor da peculiar condição mental do Sr. Luiz, o qual não foi sequer advertido por seus familiares quando do momento de sua prisão. (f. 338).

Assim, as providências adotadas quando da prisão foram aquelas de praxe, normais a todas as prisões, tudo dentro da mais perfeita normalidade se não fosse o estado mental da vítima, fato não levado ao conhecimento da autoridade nem por seus familiares no momento da prisão, considerando principalmente que esta ocorreu por pedido de seu próprio enteado. (f. 338).

No tocante a quantia fixada a título de danos morais, no valor de R$ 100.000,00, têm-se que tal valor é extremamente excessivo, merecendo ser reduzido, acaso permaneça o dever indenizatório. (f. 341).

O dano moral, de conformidade com estes critérios, deverá ser estabelecido de forma tal que não venha proporcionar a Requerente, indenização desproporcional às suas condições de vida, levando-se em conta ainda que o fato danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima. (f. 344).

In casu, a indenização fixada na sentença extrapola as raias do aceitável, sendo totalmente desarrazoado já que a indenização foi fixada em R$ 100.000,00, sem observar as condições econômicas da própria Apelada, que se declarou do lar em sua exordial e também é beneficiária da Justiça Gratuita. (f. 344).

Observa-se também que a sentença condenou o Estado ao pagamento de honorários advocatícios na quantia de 20% do valor da condenação, o que traduz um valor excessivo para a presente ação, não sendo observado os critérios e limites de moderação previstos no artigo 20, § 4º, do CPC. (f. 346).

O mesmo dispositivo estabelece que a fixação do valor dos honorários deverá ser feita sobre o mínimo de 10% o máximo de 20% sobre o valor da condenação, atendendo: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação de serviços; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3º). (f. 346).

Por derradeiro, requer "(...) *seja dado provimento ao presente Apelo, para reformar, in totum, a sentença de primeiro grau, acolhendo a aludida preliminar argüida, entretanto, caso ultrapassadas as preliminar, no mérito, deve-se julgar improcedente a presente demanda, porquanto se mostra indevida qualquer indenização à Apelada. Caso seja mantida a r. decisão, o que não se espera, requer, alternativamente, a redução da condenação de danos materiais e morais a parâmetros condizentes com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visto que se mostra, com a devida vênia, desarrazoada e excessiva, conforme já demonstrado. De igual maneira, a decisão merece reforma, para que o valor dos honorários advocatícios arbitrado seja minorado.*" (fls. 346-347).

A ora apelada, devidamente intimada, apresentou contrarrazões, batendo-se pela manutenção da sentença hostilizada (fls. 358-381).

VOTO (EM 17.03.2015)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelações cíveis interpostas respectivamente por Maria Auxiliadora Lemes da Silva e pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (fls. 304-314) que julgou parcialmente procedente a presente ação de indenização por danos morais e materiais.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *(...) Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais c.c. liminar entre as partes acima nominadas e qualificadas nos autos.*
>
> *A requerente afirmou ter convivido por mais de quinze anos em união estável com Luiz Aparecido dos Santos, o qual teve uma desavença com o filho da demandante, que o delatou pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, o que motivou a sua prisão em flagrante no dia 04 de janeiro de 2009.*
>
> *Assim, Luiz Aparecido dos Santos foi encaminhado a DEPAC - Delegacia de Pronto Atendimento Comunitário de Campo Grande, local em que chegou em perfeitas condições físicas e mentais, pois a requerente o viu ao levar-lhe objetos de uso pessoal.*
>
> *No dia 05 de janeiro de 2009 encaminharam a vítima à Delegacia de Polícia do 4º DP, que foi avistada pela requerente e seu filho, encontrando-se em perfeitas condições.*
>
> *(...)*
>
> *Em 10 de janeiro de 2009 a requerente dirigiu-se à Delegacia de Polícia do 4ºDP para visitar a vítima, porém sobreveio informação de seu falecimento por traumatismo crâneo-encefálico; traumatismo tóraxico-abdominal e politraumatismo causados por ação contundente.*
>
> *(...)*
>
> *Destarte, a requerente descreveu o embasamento legal e doutrinário do direito invocado e pediu a condenação do requerido ao pagamento de alimentos provisórios no importe de R$ 600,00, de danos morais entre 500 a 1000 salários mínimos, mais pensão mensal de R$ 600,00 até a morte da requerente ou até completar 75 anos de idade e o reconhecimento da união estável.*
>
> *(...)*
>
> *Pois bem. de todo o imbróglio se mostra certo que a vítima sofreu lesões enquanto custodiada pelo Estado, pois encontrou-se reclusa desde o flagrante de porte ilegal de arma de fogo em 4 de janeiro de 2009, até a data do óbito em 08 de janeiro de 2009 (f. 43). Logo, jamais poderia ser linchada na Comunidade da Moreninha, como consta na ficha de observação médica (f. 231), datada de 8 de janeiro de 2009.*
>
> *Esclareço que os autos não respondem se a informação de linchamento constante na ficha de observação da vítima fora repassada à enfermeira, que simplesmente a constou, ou se a enfermeiro fez a referida constatação para encobrir ações criminosas de terceiros.*

(...)

Nesse contexto, está comprovada a existência de fato lesivo (lesões corporais provocadoras da morte da vítima custodiada pelo Estado); a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento negativo do requerido - nexo de causalidade; e o dano. Saliento, outrossim, que a prova do universo dos autos afastou qualquer causa de excludente ou atenuante - culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso.

(...)

(...) a prova encartada demonstra que a vítima ajudava no sustento da casa e trabalhava na CEASA, como informaram as testemunhas ouvidas (fls. 264-266), porém inexiste documento apontando o montante de seus ganhos.

Apesar disso, o certo era que laborava, o que pressupõe-se que a vítima auferia um salário mínimo mensal e de que gastava com o sustento próprio a quantia de 1/3 da referida remuneração, sobrando 2/3 para o sustento de casa, quantia essa a ser utilizada para a indenização material, que será devida até o óbito da requerente ou até que ela complete 75 anos de idade, ou que ocorrer primeiro, conforme pedido da inicial.

Relacionado ao dano moral, cuja prova decorre da morte da vítima (dano moral in re ipsa), examino os seguintes parâmetros: não pode ser fonte de enriquecimento ilícito; o valor deve ter a finalidade de inibir a ocorrência de outros fatos como o apresentado nos autos; a condição financeira das partes (requerente pobre e o Estado abastado); e a extensão do dano (grande, pois a morte deu-se mediante sofrimento intenso da vítima que contava com apenas 44 anos de idade).

(...)

Dessa maneira, ao debruçar sobre os parâmetros alhures mencionados, arbitro os danos morais em R$ 100.000,00.

Deixo de condenar as partes em litigância de má-fé, uma vez que as teses esboçadas foram todas embasadas nos documentos dos autos.

Ex positis, fulcrado no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente em parte, o pedido da requerente para:

a) reconhecer incidentalmente a união estável entre ela e o falecido, iniciada em 1993 e terminada em 8 de janeiro de 2009; b) condenar o requerido ao pagamento de uma só vez das parcelas vencidas entre a data do evento danoso (8/01/2009-fls. 43) e a data da prolação da sentença (13/01/2014), no importe de dois terços de um salário mínimo vigente na época do infortúnio, com juros de mora de 0,5% ao mês a contar da morte da vítima e correção monetária pelo INPC da prolação da sentença; c) condenar o requerido ao pagamento das parcelas vincendas em forma de pensionamento no importe de dois terços de um salário mínimo vigente na época do pagamento até o passamento da requerente ou até que complete 75 anos de idade, ou o que ocorrer primeiro, sem juros e sem correção, porquanto tais adimplementos já estarão devidamente atualizados pelo aumento anual do salário mínimo; e, d) condenar o requerido ao pagamento de R$ 100.000,00 de indenização por danos morais, com juros moratórios de 0,5% ao mês desde o evento danoso e correção monetária pelo INPC a contar da prolação da sentença (13.1.2014) (fls. 304-314). (Grifei).

Maria Auxiliadora Lemes da Silva insurge-se contra a noticiada sentença, requerendo a majoração dos danos morais arbitrados.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, recorre da sentença afirmando, em síntese, que (i) deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do ente estatal; (ii) não houve a comprovação da culpa do ente público; (iii) deve ser reconhecida a culpa exclusiva da vítima, excludente da responsabilidade do Estado; (iv) "não estão presentes nenhumas das condições previstas no artigo 950 do CPC autorizadoras do deferimento da pensão no valor mensal" (f. 340); (v) o dano moral é indevido, pois a vítima foi a única responsável pela sua morte; e (vi) se a condenação em danos morais for mantida, os valores fixados devem ser reduzidos.

Analiso, por primeiro, a preliminar suscitada pelo Estado ora apelante.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

Afasto, de plano, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, pois como bem anotou o magistrado de origem:

> *(...) as lesões que levaram a vítima a morte são frutos de fatos ocorridos dentro da Delegacia de Polícia. Aliás, o próprio requerido afirma por ocasião da contestação que a vítima "se debateu e se atirou com a cabeça, com os braços e com as pernas na parede e nas grades numa tresloucada atitude que veio por fim a sua própria vida".*
>
> *Ora, a AGEPEN é responsável pela custódia dos presos dentro das unidades penais, cabendo à administração direta, através da Secretaria de Justiça, mais especificamente da Polícia Civil, a responsabilidade pela carceragem das delegacias. Dessa forma, o fato danoso, morte do preso lesado dentro da delegacia, não tem qualquer relação com o cumprimento das atribuições legais da autarquia, pois não se refere à administração do estabelecimento prisional.*
>
> *Portanto, não há que se discutir sobre a legitimidade da AGEPEN ou ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *Rejeito, pois a preliminar* (f. 253). (Grifei).

Como se vê, não há falar em ilegitimidade do Estado, eis que a vítima encontrava-se custodiada em delegacia de polícia e, portanto, sob os cuidados do ente público estatal.

Mérito.

As matérias debatidas nos autos em epígrafe, encontram-se entrelaçadas, razão pela qual analiso em conjunto os recursos de apelação interpostos.

Nego provimento ao recurso interposto por Maria Auxiliadora Lemes da Silva e dou parcial provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul.

Anote-se, por primeiro, que, no tocante à alegada ausência de culpa do ente estatal pelo evento danoso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a responsabilidade objetiva do Estado no caso de morte de preso custodiado na unidade prisional[1].

Dessa forma, não há sequer como perquirir sobre a existência ou não de conduta culposa do agente, bem como sobre o nexo de causalidade e se houve ou não a comprovação do dano.

Em assim sendo, resta questionar, no caso, se houve a excludente de ilicitude alegada pelo ente Estatal, ou seja, se a morte ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

1 Precedentes. AgRg no AREsp 346.952/PE, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23/10/2013. REsp 1022798/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 28/11/2008.

No caso, analisando o conjunto probatório contido nos autos, constata-se que a vítima faleceu em razão de traumatismo crâneo-encefálico e toráxico-abdominal (f. 43), o qual, segundo aponta a ficha médica, decorreu de linchamento (f. 238).

Veja-se o trecho da sentença que afastou a culpa exclusiva da vítima:

> *Pois bem. de todo o imbróglio se mostra certo que a vítima sofreu lesões enquanto custodiada pelo Estado, pois encontrou-se reclusa desde o flagrante de porte ilegal de arma de fogo em 4 de janeiro de 2009, até a data do óbito em 08 de janeiro de 2009 (f. 43). Logo, jamais poderia ser linchada na Comunidade da Moreninha, como consta na ficha de observação médica (f. 231), datada de 8 de janeiro de 2009.*
>
> *Esclareço que os autos não respondem se a informação de linchamento constante na ficha de observação da vítima fora repassada à enfermeira, que simplesmente a constou, ou se a enfermeiro fez a referida constatação para encobrir ações criminosas de terceiros.*
>
> *(...)*
>
> *Isso porque não teria como se autolesionar nas proporções declinadas no laudo de exame de corpo de delito (f. 43), provocando-lhe politraumatismo produzido por ação contundente.*
>
> *De mais a mais, com a vítima não havia qualquer objeto que pudesse provocar em si mesma a mencionada ação contundente, como restou consignado no termo de assentada pelo ínclito magistrado Fernando Paes de Campos* (f. 262-263).
>
> *Destarte, se não foi a própria vítima que deu cabo a sua vida, quem teria realizado tal conduta abominável? Infelizmente os autos não respondem. Explico: os presos que estavam na mesma cela da vítima não se denunciariam; por sua vez, os policiais não confessariam a multicitada atrocidade. Logo, a conclusão mais comezinha era, como foi, culpar a vítima* (fls. 308-309).

Conclui-se, assim, que não há excludente de ilicitude a amparar a tese do ente estatal ora recorrente, o qual, por consequência, é responsável pela reparação dos danos suportados e efetivamente comprovados nos autos pela apelada (fls. 34-137).

Assim, evidenciada a ilicitude do ato praticado pelos agentes do Estado- apelante, impõe-se realizar a análise dos danos dele decorrentes.

Por primeiro, anoto que falta razão ao Estado recorrente no que se refere ao pedido de exclusão da condenação ao pagamento de danos morais à apelada, pois, ao revés do que afirma, restou sobejamente demonstrado nos autos que esta sofreu abalo psíquico-emocional com a morte de forma cruel de seu companheiro.

Outrossim, a quantia de R$ 100.000,00 fixada pela sentença combatida a título de indenização pelo dano moral deve ser mantida, pois encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. PRISÃO ILEGAL. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE JOVEM QUE SE ENCONTRAVA SOB CUSTÓDIA DA POLÍCIA MILITAR. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Ação de indenização movida pelo genitor de rapaz de 28 anos que, preso por desacato na rua em que residia, foi ilegalmente mantido sob custódia da Polícia Militar do Estado da Bahia e brutalmente espancado, vindo a falecer na delegacia para a qual foi conduzido.

2. Na hipótese dos autos, os agentes públicos prenderam o jovem sem justa causa, fazendo uso de algemas e de violência física que levou o rapaz a morte, ficando evidente a responsabilidade do Estado da Bahia em indenizar a família da vítima.

3. A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada.

In casu, é mecanismo que visa minorar o sofrimento da família, diante do drama psicológico da perda afetiva e humilhação social à qual foi submetida, na dupla condição de parente e cidadão. Objetiva também dissuadir condutas assemelhadas, seja pelos responsáveis diretos, seja por terceiros que estejam em condição de praticá-las futuramente.

4. A revisão do valor da indenização somente é possível, em casos excepcionais, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, todavia, não se configurou.

(...)

6. A fixação do quantum indenizatório em R$ 102.000,00 (cento e dois mil reais) não se afigura desproporcional, de plano, o que torna descabida sua redução nessa via especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

Precedentes do STJ. 7. Recurso Especial não provido.[2]

No que se refere ao dano material, tenho que não é devida a condenação, porquanto não ficou comprovado que o falecido exercia atividade remunerada, tendo este ponto sido decidido apenas com base em afirmação contida na prova testemunhal colhida nos autos, inexistindo qualquer outro documento capaz de corroborar o alegado trabalho remunerado da vítima.

Portanto, não se tem como imputar ao réu ora apelante a responsabilidade por danos materiais que não foram substancialmente comprovados nos autos.

No que tange à correção monetária, tenho que a sentença deve ser reformada, isto porque o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4357 e 4425, declarou, por arrastamento, a inconstitucionalidade parcial do referido art. 5º da Lei n. 11.960/09, reconhecendo a invalidade das expressões "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" e "independentemente de sua natureza".

Desde então, tendo sido instado a decidir sobre a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.270.439/PR, através de sua Primeira Seção, em acórdão submetido ao regramento do art. 543-C do Código de Processo Civil, assentou a mais nova orientação, pacificando que nas condenações de natureza não tributárias impostas à Fazenda Pública devem incidir juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, bem como a correção monetária deve ser calculada com base no IPCA.

2 REsp 1409518/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 16/12/2014

Por oportuno, transcrevo o pertinente trecho do recurso representativo da controvérsia:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. (...) VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). 12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência. 13. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente"* (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12). *14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto. 15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública. 16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário. 17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. 19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota. 20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008*[3].

3 STJ - REsp 1.270439/PR - Rel. Min. Castro Meira - Publicação: 02/08/2013.

Nesse sentido, como se vê, a ordem de aplicação do art. 5º da Lei n. 11.960/09, a partir de sua vigência, deve observar, então, a incidência dos juros segundo o índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança, bem como a da correção monetária calculada com base no IPCA.

Ante o exposto, como afirmado, nego provimento ao recurso de Maria Auxiliadora Lemes da Silva e dou parcial provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul tão somente para afastar a condenação por danos materiais e determinar que os juros de mora sejam calculados com base no índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança, devendo a correção monetária ser calculada com base no IPCA.

Por conseguinte, face a sucumbência recíproca, condeno as partes, na proporção de cinquenta por cento para cada uma, a suportarem as despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo ser considerada a isenção das custas em relação à Fazenda Pública e a suspensão da exigibilidade quanto à autora, por ser a mesma beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei Federal n. 1.060/50. No mais, mantenho incólume a sentença.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do revisor (Des. Marcelo Rasslan), após, por unanimidade afastarem a preliminar e , no mérito, o relator negar provimento ao recurso de Maria Auxiliadora e dar parcial provimento ao do Estado de Mato Grosso do Sul. O vogal aguarda.

VOTO (EM 24.03.2015)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (Revisor)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Maria Auxiliadora Lemes da Silva e Estado de Mato Grosso do Sul, contra a sentença proferida pelo Juízo da 3.ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta comarca, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial e condenou o requerido ao pagamento de danos morais de R$ 100.000,00 (cem mil reais), e danos materiais, consistente no pagamento de uma só vez das parcelas vencidas entre a data do evento danoso e a data da prolação da sentença, no importe de dois terços do salários mínimo vigente à época do infortúnio, e das parcelas vincendas em forma de pensionamento, no importe de dois terços do salário mínimo vigente à época do pagamento até o passamento da requerente ou até que complete 75 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Depois de analisar os fundamentos do voto proferido pelo eminente Relator Des. Sérgio Fernandes Martins e concordar com a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva e negar provimento ao recurso de Maria Auxiliadora Lemes da Silva, estudei melhor o recurso apresentado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente sobre os danos materiais, e sobre tal ouso divergir do entendimento manifestado pelo insigne relator.

Assim, depois de detida análise, nego provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Entendo que é devida a condenação em danos materiais, como bem explicitou a sentença recorrida, eis que restou devidamente comprovado que o falecido exercia atividade remunerada, o que foi afirmado pelas três testemunhas ouvidas no processo.

A prova testemunhal realizada corroborou as alegações de que o falecido ajudava no sustento da casa e trabalhava no CEASA. No entanto, como não há documento que registre o real valor da remuneração por ele percebida, deve ser pressuposto que a remuneração não era inferior a um salário mínimo mensal.

Assim, entendo que a sentença merece ser mantida no tocante à condenação em danos materiais, devendo se deduzido do valor apenas os gastos particulares da vítima, ou seja, 1/3 de seus rendimentos.

Veja-se que se tem admitido tal tipo de indenização até mesmo quando a vítima é criança e sequer trabalha, partindo-se do pressuposto que, se lograsse viver, trabalharia e ajudaria na manutenção do lar de seus pais.

No caso concreto, todas as testemunhas afirmaram que as despesas de manutenção do lar eram suportadas pelo falecido e pela requerente, sua companheira.

Também restou claro que ele, vítima, trabalhava no CEASA há aproximadamente quatorze anos.

Destarte, conquanto não tenha havido prova nos autos do quanto ele percebia, forçoso convir que ele recebia remuneração e, tendo em vista o que disciplina a lei brasileira, presume-se que esta não era inferior a um salário mínimo mensal, à falta de comprovação real.

Por conta disto, entendo que a sentença não merece reparo nesta parte.

Diante do exposto, com o devido respeito ao i. Relator, dele divirjo apenas para manter a condenação em danos materiais fixada na sentença recorrida.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Vogal)

Acompanho o voto do Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar; por maioria negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do revisor, vencido parcialmente o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0006531-59.2010.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – DEFEITO MECÂNICO – CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – INOCORRÊNCIA – CULPA INCONTROVERSA – DANO MORAL CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CABÍVEL – PENSÃO MENSAL DEVIDA AO MENOR IMPÚBERE – ESPOSO QUE NÃO DEMONSTRA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PARA COM A VÍTIMA – PENSIONAMENTO INDEVIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 – A pane mecânica não pode ser considerada como caso fortuito, excludente da culpa no caso em tela, pois quem coloca veículo em circulação, tendo conhecimento de que este possui algum tipo de defeito, assume a responsabilidade pelos danos que possa causar a terceiros.

2 – Danos morais *in re ipsa*. A morte prematura de ente querido configura dano moral *in re ipsa*, dispensada a prova quanto às conseqüências do evento danoso.

3 - Pensionamento devido ao filho menor, ante a perda da genitora. Dependência econômica presumida que autoriza o arbitramento de pensão mensal, ainda que, à época do sinistro, a extinta se dedicasse exclusivamente às lides domésticas.

4- Inexistindo prova dos rendimentos auferidos pela vítima na época do sinistro, deve ser fixado o valor da pensão mensal em um salário mínimo, devidos a partir do óbito até a data em que o autor – menor impúbere - obtenha formação em curso superior ou atinja a idade de 25 (vinte e cinco) anos.

5- Improcedência do pedido de condenação do réu ao pagamento de pensão mensal ao esposo da vítima, diante da ausência de comprovação da dependência econômica do autor em relação à esposa (artigo 333, I, do Código de Processo Civil).

6- Danos materiais devidos, eis que comprovados documentalmente nos autos.

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 e contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Vandelso Ribeiro e Andrey Dias Ribeiro, inconformados com a sentença que julgou improcedente o pedido nos autos da ação indenizatória promovida em face de Argemiro Pereira**,** interpõem o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, alegam em síntese que diferentemente da interpretação feita pelo juiz, a quebra da barra de direção não pode ser considerada como excludente de responsabilidade, na medida que a culpa é inerente à hipótese.

Afirmam que a prova testemunhal comprova que a borracha da barra de direção que rompeu não era nova, fazendo crer que na ocasião da revisão do veículo, o réu optou por não trocá-la, ou ainda, que a oficina mecânica escolhida por ele não o tenha feito por livre e espontânea vontade, datos que caracterizam sua responsabilidade pelo acidente.

Sustentam que o réu-apelado, antes do acidente, percebeu que o veículo estava com problemas de dirigibilidade, no entanto, optou por continuar a viagem. Argumentam que a falha mecânica não é hipótese de caso fortuito capaz de eximir a responsabilidade. Pugnam pelo conhecimento e provimento do apelo.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões ao recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vandelso Ribeiro e Andrey Dias Ribeiro em face da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização que move em desfavor de Argemiro Pereira que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise de seus fundamentos.

Dos fatos

Extrai-se dos autos que no dia 3.2.2010, o requerido-apelado, conduzia o caminhão de sua propriedade pela Rodovia MS 141, sentido Naviraí/Ivinhema, quando abalroou por trás, a bicicleta conduzida por Junia Aparecida Soncini Dias Ribeiro, esposa e mãe dos autores, ora apelantes, que veio a falecer por conta do sinistro.

Constou no histórico do boletim de ocorrência que o motorista relatou que *"o veículo apresentou problemas mecânicos, não sendo possível evitar a colisão" (f. 22).*

O magistrado *a quo*, considerando o fato de que o réu, cerca de um mês antes do acidente havia levado o veículo para ser revisado em oficina mecânica, julgou improcedente o pedido inicial, por entender configurada a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Inconformados, os autores apelam, alegando em síntese que, diferentemente da interpretação feita pelo juiz, a quebra da barra de direção não pode ser considerada como excludente de responsabilidade, na medida que a culpa é inerente à hipótese.

Afirmam que a prova testemunhal comprova que a borracha da barra de direção que rompeu não era nova, fazendo crer que na ocasião da revisão do veículo, o réu optou por não trocá-la, ou ainda, que a oficina mecânica escolhida por ele não o tenha feito por livre e espontânea vontade, datos que caracterizam sua responsabilidade pelo acidente.

Sustentam que o réu-apelado, antes do acidente, percebeu que o veículo estava com problemas de dirigibilidade, no entanto, optou por continuar a viagem. Argumentam que a falha mecânica não é hipótese de caso fortuito capaz de eximir a responsabilidade.

Da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é a obrigação em reparar o prejuízo apurado daquele que causa dano a outrem. O dano pode ser causado por mão própria ou por aqueles que do responsável dependam. Serve de fundamento, portanto, a obrigação de pagar, de fazer e, excepcionalmente, até mesmo de não fazer. A sua verificação, portanto, redunda no surgimento de credores e devedores, ligados por uma obrigação correspondente a uma prestação. O sujeito passivo do dano torna-se credor, e o ativo, por sua vez, devedor da sua reparação.

Não é qualquer atividade humana, entretanto, que, causando dano, redundará na obrigação de reparação. A responsabilidade civil advém do ilícito, ou seja, ato contrário ao direito decorrente da vontade humana manifestada de forma dolosa ou culposa, correspondendo a reparação não à intensidade da culpa ou dolo (como sói acontecer na responsabilidade penal), mas na exata proporção do dano causado.

Consagrada a Teoria da Culpa no direito pátrio, o Código Civil de 1916 a adota em seu já revogado artigo 159, sucedido pelas normas dos artigos 186 1 e 927 2 do Código Civil de 2002, a qual aderiu também aos reclames de imposição de responsabilidade pela Teoria do Risco. Assim, exige-se além da comprovação dos danos e do ato ilícito (doloso ou culposo), que haja nexo causal entre ambos, formando o tripé necessário à responsabilidade civil.

Feitas essas considerações, cumpre registrar, inicialmente, que de regra, não se presume a extraordinariedade de falha mecânica em veículos automotores, cabendo à parte a qual se imputa a culpa pelo acidente de trânsito provar o rompimento do nexo causal.

No caso em tela, a falha mecânica apresentada pelo veículo de propriedade do réu-apelado, foi a quebra da borracha da caixa de direção de um veículo, o que, não configura o chamado fortuito interno, ou seja, aquele que ocorre imprevisivelmente, não podendo ser oponível a terceiros.

Ora, se o fortuito ocorre em relação a um dever do réu, no caso, o de realizar a manutenção de seu veículo, este se configura como fortuito interno, diferentemente da hipótese, por exemplo, de um terceiro que atira uma pedra no vidro do veículo (caso fortuito externo), pois este é imprevisível e não está no âmbito de controle do demandado.

Somente neste último caso (fortuito externo) é que pode o fortuito ser considerado como causa excludente da responsabilidade, porquanto haveria o rompimento do nexo de causalidade.

Acerca dos defeitos mecânicos, o ensinamento de Rui Stoco:

> *"(...) Os defeitos mecânicos são, em regra, previsíveis e decorrem, em quase sua totalidade, salvo raríssimas exceções, da falta ou da precária manutenção do*

> *veículo, ou da sua inadequada utilização, de modo que não podem ser alçados à categoria fatores conducentes ao fortuito, nem caracterizam força maior. Adverte Wilson Melo da Silva que os veículos automotores, sempre que neles se observe algo de anormal e, ainda, por cautela, devem sofrer uma total e periódica revisão. Essa a maneira de demonstrar por parte do proprietário do mesmo, uma diligência excluidora de culpa, na hipótese de um desastre, acrescentando: 'os desgastes das lonas das sapatas dos freios, a regulagem das mesmas, a troca dos pneus, o balanceamento das rodas de carro, as revisões quanto aos amortecedores, tudo isso deve ser objeto de observação constante do motorista cauteloso e prudente. Por isso mesmo que se tem entendido que ruptura de burrinhos, capotamento por estouros de pneus, geralmente, não se equiparam ao fortuito para fins de isentar o motorista de responsabilidade, bem como os defeitos mecânicos em geral do veículo"* (*in* Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 682)

O fato é que a quebra da borracha da caixa de direção do caminhão, relatada no boletim de ocorrência, não pode ser atribuída ao azar, já que a manutenção do veículo é dever de seu condutor. Ademais, é totalmente previsível que após um longo tempo de uso, as peças dos veículos precisem de reposição, diante do desgaste naturalmente sofrido pela sua utilização.

A doutrina de Arnaldo Rizzardo, sobre o tema, por exemplo, bem explana que (in Reparação nos Acidentes de Trânsito, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 93, 95 e 96):

> *"O defeito do veículo, em algum de seus componentes, que provoca o acidente, não se enquadra ao conceito de caso fortuito, ou força maior. Esta a orientação da jurisprudência: "O fato de o veículo ter apresentado falha mecânica não exclui a responsabilidade civil daquele a quem cumpre zelar pelo seu bom funcionamento".*

Assim, seja qual for o defeito, não se tipifica a fortuidade. Mesmo na condução que tem quebrada a borracha da caixa de direção, porque fatos assim podem acontecer, e quem dirige assume os riscos decorrentes, situados dentro do nível da previsibilidade.

Quem põe em circulação veículo automotor assume, só por isso, a responsabilidade pelos danos, que do uso da coisa resultarem para terceiros.

Os acidentes, inclusive os determinados pela imprudência de outros motoristas, ou por defeitos da própria máquina, são fatos previsíveis e representam um risco que o condutor de automóveis assume, pela só utilização da coisa, não podendo servir de pretexto para eximir o autor do dano do dever de indenizar.

De outro vértice, há que se registrar aqui, que ao contrário do que entendeu o magistrado 'a quo', o réu tinha conhecimento do risco que estava correndo ao trafegar com seu caminhão no estado em que se encontrava.

Conforme depoimento do Sr. Eraldo Sandim Pache (f. 137/138), pessoa responsável pela manutenção do caminhão realizada cerca de dois meses antes do acidente:

> *"Antes do acidente o requerido ligou para o depoente e falou que a direção estava instável, o depoente disse que ele deveria procurar um mecânico para orientá-lo de dirigibilidade ou não, que se não fosse possível, para que viesse dirigindo com cuidado até a oficina do depoente.'*

Assim, o simples fato de haver levado o caminhão para revisão em oficina mecânica dois meses antes do acidente, não é fato suficiente para afastar a responsabilidade do réu pelo acidente ocorrido, já que, após esta manutenção e antes do sinistro, o veículo apresentou defeito na dirigibilidade.

Resta claro que o réu tinha pleno conhecimento de que o veículo estava apresentando defeito na sua direção, tanto que ligou para o mecânico responsável, questionando-o, sobre como agir e mesmo diante dos conselhos fornecidos pelo 'expert', optou por trafegar com o caminhão em uma estrada de grande movimento, vindo a causar o acidente que ceifou a vida da esposa e mãe dos autores.

Nessa circunstância, era exigível do motorista, não só a cautela normal e habitual adotada pelo condutor prudente, mas também a superlativa. A prudência não se regra a partir de determinada norma de conduta preestabelecida, senão a partir da avaliação da situação concreta com as suas contingências.

Assim, quem faltou com o dever de cuidado, a toda evidência, foi o demandado, não havendo que se falar na ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

A propósito, o seguinte julgado:

> *"Quem põe em circulação veículo automotor assume, só por isso, a responsabilidade pelos danos, que do uso da coisa resultarem para terceiros. Os acidentes, inclusive os determinados pela imprudência de outros motoristas, ou por defeitos da própria máquina, são fatos previsíveis e representam um risco que o condutor de automóveis assume, pela só utilização da coisa, não podendo servir de pretexto para eximir o autor do dano do dever de indenizar.* (RJTJRS 18/304)"

Latente, portanto, a contribuição exclusiva do réu-apelado para o evento danoso, exsurgindo daí o seu dever de indenizar os danos provocados.

Da indenização devida pelos danos ocasionados

O art. 186, do novel Código Civil preceitua que*: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Igualmente o art. 927 do diploma legal precitado estabelece que: "*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Normas jurídicas estas aplicáveis aos fatos descritos na exordial, tendo em vista o ato ilícito praticado pela parte demandada"*.

Assim, a parte demandada deve ressarcir os danos decorrentes do acidente em questão, na forma do art. 186 da lei civil supracitada, cuja incidência decorre da prática de conduta ilícita, a qual se configurou no caso em tela sob a forma de imprudência e imperícia.

Dos danos morais e sua fixação

Preambularmente, cumpre ressaltar que, uma vez comprovada a culpa exclusiva do proprietário do caminhão para o evento danoso, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, como o prejuízo imaterial ocasionado, decorrente da dor e sofrimento dos autores, em decorrência da morte da vítima - esposa e genitora, respectivamente. Aliado ao fato de que se trata aqui de dano moral puro que prescinde de qualquer prova a respeito, pois a dor e o sofrimento nesses casos são presumíveis, o que é passível de indenização.

A esse respeito, é oportuno trazer à colação os ensinamentos do jurista Cavalieri Filho[1] ao asseverar que:

> *"Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mas precioso que o patrimônio,*

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p. 77.

> *que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente."*

Nesse sentido, leciona Yussef Said Cahali ao afirmar, com propriedade, que "*efetivamente, a lesão moral de um pai pela perda de um filho é presumida porque decorre da própria relação humana de um pai para filho, tornando-se desnecessária qualquer prova adicional. (in* Dano Moral, 2ª Edição, RT, pg. 165)*."*

E continua:

> *"Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material."* (Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 7).

Destarte, a perda da esposa e genitora acarreta profunda dor e tristeza aos membros da família; verdadeiro sentimento de perda inabalável, eis que ficam eles privados de seu convívio para sempre.

Novamente Yussef Said Cahali, discorre:

> *"Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saudade e reverência póstuma" (ob. cit.,* pág. 42*).*

Desta forma, a prova do vínculo familiar com a vítima é o quanto basta para respaldar a presunção da ocorrência de dano moral advinda da morte do ente querido, presumindo-se, pois, o abalo psíquico, o desgosto.

Tem-se, então, que:

> *"Em prol dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos vis-a-vis dos pais e vice-versa, dos irmãos com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria sempre, juris tantum, de dano moral"* (Rubens Limongi França, Reparação do Dano Moral, in RT 631/29).

No tocante ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito.

De outro lado, deve o Juiz se utilizar de parâmetros previstos em leis e jurisprudência, valendo-se ainda da experiência e exame de todas as circunstâncias fáticas para a fixação da respectiva indenização, de sorte a reparar o dano mais amplamente possível. Nesse sentido, Cavalieri Filho[2] discorre sobre este tema com rara acuidade jurídica, afirmando que:

> *"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 pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o*

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p.90.

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 uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, 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."

Portanto, 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 capacidade econômica do ofensor, fixa-se a indenização por dano moral em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

É como se tem decidido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não pode ser conhecido o recurso que não infirma, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a reiterar as razões do apelo especial.

2. Não há falar em omissão, obscuridade ou contradição no julgado, porquanto o tribunal de origem dirimiu a questão pertinente ao litígio de forma clara e fundamentada.

3. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi arbitrado em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 343.653/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 14/02/2014)

"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE EM RODOVIA – INVASÃO DA VIA PREFERENCIAL – COLISÃO DE MOTO COM ÔNIBUS – MORTE DO MOTOCICLISTA – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTROU CULPA DO MOTORISTA DO ÔNIBUS – INVASÃO PREFERENCIAL EM RODOVIA – BOLETIM DE OCORRÊNCIA E LAUDO PERICIAL – PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE VERACIDADE – PENSÃO MENSAL FIXADA EM 2/3 – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – DANOS MORAIS MANTIDOS – VALOR ADEQUADO E RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ***1.*** *Verificando-se que a responsabilidade da apelante Vale do Paraná S/A*

> *– Álcool e Açúcar - decorre do proveito econômico que advinha do transporte de seus funcionários, realizado por empresa terceirizada, deverá permanecer no pólo passivo da lide e responder pelos danos que porventura tenha decorrido dessa atividade de risco (responsabilidade solidária).* ***2.*** *O Boletim de Ocorrência como o Laudo Pericial revestem-se de certeza, pois elaborado por autoridade competente, imparcial, que goza de fé pública e presunção de veracidade. Daí que, do conjunto probatório restou demonstrado a presença de ato ilícito, o nexo e o dano, bem como o dever de indenizar.* ***3****. A pensão mensal é devida, tendo em vista o entendimento jurisprudencial no sentido de que nas famílias de baixa renda há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros, contudo, deverá ser reduzido para 2/3 do salário mínimo.* ***3****. Os danos morais devem ser mantidos quando fixados em valor adequado e razoável (R$ 50.000,00), com vista a compensar a família pela perda do esposo e pai, vítima de acidente de trânsito no qual não foi respeitada a via preferencial. A baixa condição financeira do requerido não é suficiente para alterar o decreto condenatório com a redução do valor do dano."* (TJ/MS. Apelação Cível nº 0010048-62.2011.8.12.0021 – Três Lagoas. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Sideni Soncini Pimentel. Julgamento 20.02.2014).

Da pensão devida ao filho menor – Andrey Dias Ribeiro

Tratando-se de filho menor, tem se entendido que a dependência econômica é presumida, sendo assim, devida a indenização oriunda da responsabilidade civil por ato ilícito, na forma de pensão.

A propósito, vale transcrever a seguinte lição do mestre Rui Stoco:

> *"Com relação a pensão a ser paga aos filhos menores pela morte do alimentante (pai ou mão), deve-se atender à limitação lógica, natural, pretoriana, presumindo-se seu casamento aos 25 anos de idade, quando se presume cessar o auxílio mútuo de pais e filhos. Contudo, antes desse termo final, havendo o falecimento de qualquer dos beneficiários, a parte do que falecer acrescerá à dos sobreviventes" (ob. cit.,* pág. 487).

E apesar de inexistir nos autos prova de que a *'de cujus'* exercia algum tipo de profissão, tampouco que auferisse remuneração mensal, a pensão é devida ao filho menor.

É amplamente majoritária a jurisprudência no sentido de que o pagamento de pensão a filho menor é devida independentemente de a vítima estar ou não, no momento do sinistro, exercendo atividades laborativas; isso porque é dever dos pais zelar e sustentar os filhos, sendo presumida a dependência desses em relação àqueles.

Se assim não bastasse, fosse o caso de a vítima dedicar-se exclusivamente às lides domésticas, tal condição não obsta o deferimento de pensão, dado que a sua contribuição à família se dava por trabalhos domésticos e através do cuidado do filho menor, cuja atividade, sem dúvida tem valor econômico.

Colaciona-se julgado desta Corte nesse sentido:

> *PENSÃO ALIMENTÍCIA CABIMENTO VALOR RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I) Mesmo que a vítima, companheira e genitora dos autores, não exercesse atividade, é plenamente cabível a pensão mensal, como forma de compensar o trabalho que era dispendido dentro do lar, o que evidentemente também colaborava na formação do patrimônio da família. II) É devida a pensão aos filhos menores até o limite de 24 (vinte e quatro) anos de idade, sob o fundamento de que é nessa faixa etária que, em gera, as pessoas concluem a sua formação e se inserem no mercado de trabalho, não mais subsistindo o vínculo de dependência. Sendo os filhos de idade superior, deve-se excluir da condenação a obrigatoriedade dos réus quanto ao seu pagamento, reformando-se a*

sentença neste ponto. (...) . (15 de janeiro de 2013 4ª Câmara Cível Apelação – Nº 0030971-14.2007.8.12.0001 - Campo Grande Relator Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan)

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul destacam-se os seguintes precedentes:

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO ORDINÁRIA. Mostra-se devida a fixação de pensão mensal em favor do marido da vítima fatal do acidente de trânsito, pois incontroverso que ela dedicava-se com exclusividade às lides domésticas (dona de casa), exercendo atividade que, embora não remunerada, pode ser economicamente mensurada. Precedentes do Egrégio STJ e desta Corte. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. (Embargos Infringentes Nº 70048841563, Sexto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 22/06/2012)

APELAÇÃO-CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PENSIONAMENTO. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS. ABATIMENTO DO VALOR DO SEGURO OBRIGATÓRIO. - Pensionamento. O fato de a vítima ser dona de casa não obsta o deferimento de pensão, dado que a sua contribuição à família se dava por trabalhos domésticos. Sem dúvida, esta é atividade que tem valor econômico, tanto que a sua falta pode causar prejuízo patrimonial à família. Redução do valor mensal fixado. É pacífico o entendimento no sentido de se descontar dos valores percebidos pela vítima o que presumivelmente despenderia com gastos pessoais. Pleito recursal acolhido para reduzir o valor do pensionamento em 1/3. - Quantificação da indenização. Consideradas as peculiaridades do caso concreto, o quantum fixado encontra-se, inclusive, abaixo da média dos julgados deste Colegiado em casos análogos. - Seguro obrigatório. Quanto ao abatimento do valor do seguro obrigatório, tem-se que este não é devido enquanto não demonstrado que as vítimas perceberam o correspondente valor. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70015336423, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 26/10/2006)

Deste modo, a dependência econômica presumida do autor Andrey Dias Ribeiro autoriza o arbitramento de pensão mensal que deve ser fixada em um salário mínimo, o que, comumente, paga-se para os empregados domésticos. Ou seja, um *quantum* capaz de remunerar terceira pessoa eventualmente contratada para efetuar o trabalho antes desenvolvido pela genitora do autor junto a seu lar e, principalmente para zelar pelo bem estar o menor, no período em que sua genitora encontra-se laborando.

No sentido, é o entendimento desta Corte:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – QUANTIA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL–DESCABIMENTO–DESCONTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SOBRE O PENSIONAMENTO MENSAL – INDEVIDO – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A RENDA MENSAL DA VÍTIMA – FIXAÇÃO EM UM SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA SENTENÇA – SOBREVIVÊNCIA DA VÍTIMA – PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA – INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Se o valor indenizatório atendeu aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantido. A percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito. Na impossibilidade de demonstração da renda mensal do autor, o parâmetro de um salário mínimo por mês é absolutamente adequado diante dos precedentes deste Tribunal, e da própria Constituição Federal (artigo 7º, inciso VII). No caso de sobrevivência da vítima, não é razoável o pagamento de pensionamento em parcela única, diante da possibilidade de enriquecimento

ilícito, caso o beneficiário faleça antes de completar sessenta e cinco anos de idade." (Apelação Cível Nº 0051647-17.2006.8.12.0001, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Julgado em 18/03/2014)

No que tange ao marco final do pensionamento, a pretensão do recorrente também encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista que há presunção de que os pais sustentariam seus filhos até que completassem seus estudos (nível superior), tendo-se por marco final, costumeiramente, admitido a idade de 25 anos.

Na mesma linha, orientam-se os precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PENSIONAMENTO. TERMO FINAL. IDADE DO FILHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISÃO DO QUANTUM FIXADO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, pela ilegitimidade ativa ad causam da primeira recorrente, considerando que esta não demonstrou sua qualidade de companheira da vítima. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

3. O STJ firmou a jurisprudência de que é devida a pensão mensal aos filhos menores, pela morte de genitor, até a data em que os beneficiários completem 25 anos de idade.

4. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento firmado no STJ quanto à exclusão do 13º salário e das férias do pensionamento estabelecido, uma vez que não há nos autos comprovação de que a vítima exercesse atividade remunerada.

5. O pedido relativo às despesas de sepultamento e funeral foi afastado, ao argumento de inexistirem provas das despesas efetuadas, conclusão que não se desfaz sem o revolvimento do material probatório produzido nos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

6. Quanto ao pleito de majoração do quantum indenizatório fixado a título de danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), aplica-se a jurisprudência do STJ de que sua revisão somente pode ocorrer quando a quantia arbitrada se mostrar exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

7. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

> *8. Agravo Regimental não provido.* (AgRg no Ag 1419899/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR - INTERNAÇÃO DE PARTURIENTE - SUSPEITA DE PSICOSE PUERPERAL - PACIENTE QUE, EMBORA SEDADA E CONTIDA, CONSEGUE SE DESVENCILHAR DO LEITO, SEM SER PERCEBIDA PELA ENFERMAGEM - UTILIZAÇÃO DE JANELA PARA TER ACESSO À MARQUISE DA QUAL SE PROJETOU - DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - IMPOSSIBILIDADE DE EXAME - JUSTIÇA GRATUITA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - DANOS MATERIAIS - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - - QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - SÚMULA 83/STJ - PENSIONAMENTO - TERMO FINAL - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.*
>
> *1.- A competência desta Corte restringe-se à interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal, restando impossibilitado o exame de eventual violação a dispositivos e princípios constitucionais sob pena 2.- A revisão do Acórdão recorrido, que indefere o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, demanda reexame do conjunto fático-probatório delineado nos autos, providência inviável em âmbito de Recurso Especial, incidindo o óbice da Súmula 7 deste Tribunal. 3.- A convicção a que chegou o Tribunal a quo quanto à existência de danos materiais e morais, bem como à ausência de culpa exclusiva da vítima, decorreu da análise das circunstâncias fáticas peculiares à causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Recurso Especial, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte. 4.- A pensão mensal a ser paga ao filho menor, fixada em razão do falecimento do seu genitor em acidente de trânsito, deve estender- se até que aquele complete 25 anos.*
>
> (...) (AgRg no AREsp 188.102/ES, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 18/09/2012)

Da pensão devida ao marido – Vandelso Ribeiro

O pedido de pensão ao viúvo é incabível na hipótese em tela.

Como cediço, para que haja a condenação na pensão, que visa proporcionar alimentos ao viúvo, impõe-se a comprovação da necessidade, o que não se vislumbra no caso em questão.

O inciso III do artigo 1.566 do Código Civil elenca que a mútua assistência é um dos deveres que os cônjuges devem observar. Porém a morte da esposa do apelante, pode lhe ter trazido algum abalo emocional, mas não implicou em redução de sua renda familiar, uma vez que não restou indubitavelmente demonstrada a dependência econômica deste em relação à vítima que não é presumível.

Assim, não tendo o autor Vandelso Ribeiro, logrado comprovar a necessidade da pensão alimentícia não há falar-se em condenação na referida verba.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> *Acidente de trânsito. Danos material e moral. Responsabilidade civil. Ação indenizatória julgada procedente em Primeiro Grau. 1. Veículo da ré que invadiu via preferencial. Inobservância da placa indicativa de "PARE". 2. Contexto probatório que anuncia culpa da condutora-ré. Via com sinalização de parada obrigatória. Presunção de culpa não afastada pela ré, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo*

> *Civil. 3. No caso presente, plenamente reconhecida a responsabilidade da ré pela morte da esposa do autor, resta, por si só, patenteada a dor moral, passível de indenização. 4. A indenização por danos morais deve atender ao binômio razoabilidade e proporcionalidade, sendo capaz de compensar a dor do lesado sem causar seu enriquecimento ilícito, e ter conteúdo didático, a fim de evitar a reincidência da conduta lesiva. 5. O termo inicial dos juros moratórios, com relação à indenização por danos morais, é a data em que constituída em mora o devedor, vale dizer, o momento em que dessa condenação tiver ciência a ré, o que, no caso presente, corresponde à data da publicação do acórdão. 6. Condenação da ré no pagamento de pensão mensal vitalícia ao esposo da vítima. Ausência de comprovação da dependência econômica do autor em relação à esposa (artigo 333, I, do Código de Processo Civil). Sentença reformada. 7. Tendo o autor decaído de parte substancial do seu pedido, não sendo acolhido o pedido de pensão mensal e vitalícia, o que significa que o autor restou parcialmente vencido e também deve responder pela sucumbência, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, observando-se, no entanto, o disposto no art. 12, da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. 8. Recurso do réu parcialmente provido, para os fins constantes do acórdão.* (TJ-SP - APL: 00121695420088260320 SP 0012169-54.2008.8.26.0320, Relator: Vanderci Álvares, Data de Julgamento: 27/03/2013, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/04/2013)

Despesas com funeral e extração de Boletim de Ocorrências

No tocante ao pedido de indenização pelo funeral da vítima, este procede, tendo em vista que tais despesas restaram comprovadas nos autos (f. 28).

> *"As despesas com os funerais, também, segundo está assente na jurisprudência pátria são inclusas na indenização.* (Ap. 195/83, "n", T. Esp. TJMS, Rel. Des. Milton Malulei, in DJMS 1157, 9.9.83, p.19.)"

As despesas com extração de Boletim de ocorrência, demonstradas à f. 27, no valor de R$ 27,74, também devem ser restituídas.

Ante o exposto, conheço do apelo interposto por Vandelso Ribeiro e Andrey Dias Ribeiro e contra o parecer, dou-lhe parcial provimento para:

Julgar parcialmente procedente o pedido formulado nestes autos de ação indenizatória, afim de condenar o réu-apelado, a pagar aos autores-apelantes as seguintes verbas:

> 1) *verba indenizatória a título de danos morais, no montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada um dos autores. A atualização monetária deverá ser de acordo com os índices do IGPM-FGV, a partir da sua fixação e os juros de mora a base de 1% ano mês, na forma do art. 406 do atual Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do CTN, tendo como marco inicial a data do evento danoso.*
>
> *2) pensão mensal, retroativa à data do acidente, no valor de 2/3 do salário mínimo vigente à época do acidente, que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde o evento danoso, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a partir do vencimento de cada prestação, até que o autor menor impúbere (Andrey Dias Ribeiro) complete 25 anos de idade ou obtenha formação em curso superior, o qual sobrevier primeiro.A pensão deverá ser paga até o quinto dia útil de cada mês.*
>
> *3) despesas funerárias no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), corrigidas monetariamente pelo IGPM-FGV a partir da data do desembolso (13.2.2010) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.*

4) despesas com extração de boletim de ocorrências no valor de R$ 27,74 (vinte e sete reais e setenta e quatro centavos), corrigidas monetariamente pelo IGPM-FGV a partir da data do desembolso (17/2/2010) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

As verbas indenizatórias cabíveis ao menor Andrey Dias Ribeiro deverão ser depositadas em conta vinculada ao juízo, podendo ocorrer o seu levantamento mediante requerimento judicial e comprovação de real necessidade, com posterior prestação de contas.

Condeno ainda, o requerido, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que com base no art. 20, § 3º do CPC, fixo em 15% sobre o valor da condenação. Tal obrigação permanecerá suspensa enquanto não houver alteração nas condições econômicas do réu, nos termos do art, 12 da lei 1060/50, eis que lhe concedo, neste momento, os benefícios da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto 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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0550019-54.1999.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO REQUERIDO – AÇÃO PETITÓRIA – I – PRELIMINARES – I.I – NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR POR OMISSÃO – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA COGNOSCÍVEIS EM QUALQUER TEMPO OU GRAU DE JURISDIÇÃO – REJEITADA – I.II – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – REJEITADA – I.III – NULIDADE ADVINDA DA ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NO CURSO DO PROCESSO – INEXISTÊNCIA – I.IV – CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – I.V – CARÊNCIA DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – RECHAÇADA – II – PREJUDICIAIS AO MÉRITO – II.I – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – NÃO CONHECIDA – II.II – PRESCRIÇÃO EXTINTIVA – REJEITADA – III – MÉRITO – III.I – IRRELEVÂNCIA DAS DECISÕES ANTERIORES, QUE APRECIARAM A QUALIDADE DOS TÍTULOS APENAS COMO RAZÃO DE DECIDIR – III.II – MELHOR DOMÍNIO DOS BENS E RESGUARDO LEGAL DOS DIREITOS POSSESSÓRIOS A ELES INERENTES – III.III – RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE DO PRIMEIRO COMPRADOR COM BASE NO DOMÍNIO, POR SER O VERDADEIRO PROPRIETÁRIO DOS IMÓVEIS – IV – DENUNCIAÇÕES DA LIDE – IMPROCEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, REJEITADAS AS PRELIMINARES E A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, PROVIDO.

I. Preliminares.

I.I Tratando-se de matéria de ordem pública, as preliminares suscitadas em primeiro grau e reavivadas no Juízo *ad quem* podem ser apreciadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que isso importe em supressão de instância. Por isso, a anulação da decisão, sob o fundamento da omissão, importaria tão somente em delongar a resolução do litígio, em flagrante afronta aos princípios da celeridade e economia processuais, e da razoável duração do processo, razão pela qual impõe-se rejeitar a tese de nulidade.

I.II. Se os requerentes pretendem, por meio de ação ordinária, subjugar eventual direito de posse do requerido, com base no melhor domínio que detêm sobre o bem, evidentemente que este é legitimado a responder aos termos da ação, porque será ele o destinatário de eventual tutela jurisdicional.

I.III. Se da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, afigura-se evidente que a causa de pedir e pedido circunscreve-se no reconhecimento do direito de permanecer usando e gozando da coisa, bem como dela dispô-la, com base no melhor domínio, cujos parâmetros permaneceram incólumes durante todo o processamento da ação, não se há de suscitar nulidade por suposta alteração da causa de pedir no curso do processo.

I.IV. Deve ser afastada a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido na ação petitória, porque supostamente não encerrada a ação possessória, na medida em que as peculiaridades que envolvem a demanda exigem mitigar a regra disposta no art. 923 do CPC, visando resguardar os princípios da segurança jurídica, da celeridade e economia processuais, bem como a razoável duração do processo, tudo a conceder à ação ordinária sua verdadeira finalidade, que é pacificar o litígio social trintenário, que transcende gerações, e restabelecer a ordem legal.

I.V. Rechaça-se a preambular de carência de ação por falta de interesse de agir, quando os interessados não estão a exercer o direito de ação tão somente para inviabilizar a execução de uma tutela possessória que foi concedida à parte *ex adversa*, mas sim visando obter o reconhecimento do melhor domínio sobre os imóveis rurais que adquiriram por contrato oneroso, cuja providência jurisdicional é útil, necessária e adequada para o fim colimado, na medida em que aqueles que se autodenominam proprietários estão a reclamar a negação de condição análoga àquele que, também sob tal qualidade, está perseguindo o mesmo bem.

II. Prejudiciais ao mérito.

II.I. A exceção de usucapião, suscitada com a roupagem de prescrição aquisitiva, onde o usucapiente busca afastar a pretensão do suposto proprietário de reaver o imóvel, nada se relaciona com as hipóteses excepcionais estabelecidas no art. 303 do CPC, tratando-se de verdadeiro fato impeditivo ao direito do autor da ação petitória. Se assim o é, afigura-se inadmissível o conhecimento da matéria quando levantada em momento posterior à apresentação da contestação, em razão do princípio da concentração esculpido nos arts. 300 e 302 do CPC.

II.II. Não se há de invocar o implemento da prescrição extintiva se o pedido inicial cinge-se no reconhecimento do melhor domínio sobre os imóveis rurais, adquiridos por contrato oneroso, cuja pretensão se renova dia a dia enquanto perdurar a perspectiva retratada, da existência de suposta bifurcação quanto à titularidade dos bens (duas cadeias dominiais a respeito do bem, uma anterior não registrada e outra posterior levada a registro).

III. Mérito.

III.I. As decisões proferidas incidentalmente no âmbito da ação de inventário, no seio dos embargos de terceiro ou embargos de retenção por benfeitorias, acerca da qualidade do domínio, nada obstante tenham o condão de fazer precluir a discussão endoprocessual, não inviabiliza posterior discussão na via ordinária, visto que o *jus possidendi*, em tais casos, acaba sendo invocado como causa de pedir e, nesta trilha, eventual decisão judicial não faz coisa julgada material.

III.II.A. A reclamação do bem por aquele que se diz proprietário, cujo nome eventualmente esteja registrado na matrícula do imóvel, encontra óbice quando a pessoa demandada possui uma procuração em causa própria, exatamente porque referido negócio jurídico representa, no ordenamento jurídico pátrio, verdadeira transferência da propriedade sem possibilidade de posterior revogação.

III.II.B. Partindo-se do pressuposto de que a procuração em causa própria, outorgada com o intuito de transferir a propriedade, não poderia ser revogada nem mesmo por quem outorgou o mandato, afigura-se iniludível que os sucessores dos mandantes não poderiam ignorar as vendas dos imóveis para, uma vez mais, aliená-los e distribuírem o produto da negociação.

III.II.C. A sucessão dos fatos faz transparecer que os herdeiros dos mandantes, em conluio com os empregados do novo proprietário, cuja aquisição deu-se por cadeia de procurações em causa própria, valeram-se de processos com intuito manifestamente ilegal, visando "legalizar" um segunda venda dos imóveis, embora cientes de que tais propriedades já não mais pertenciam aos autores das heranças.

III.II.D. A concatenação de negócios jurídicos processuais e materiais foram realizados pelos herdeiros para expropriar bens que, a despeito de não mais estarem na órbita do patrimônio do *de cujus*, era sabidamente de propriedade daquele que os adquiriu por meio de cadeia de procurações em causa própria.

III.II.E. Para fins de reconhecimento do melhor direito à posse com base no domínio, em respeito à boa-fé que deve circundar os atos sociais, não se afigura importante verificar se o primeiro comprador tem ou não registrado seu título (cadeia de procurações em causa própria encerrada na lavratura da escritura de compra e venda em seu favor) na matrícula dos imóveis, porquanto a análise do direito, na espécie, deve transcender mera verificação das formalidades na aquisição da propriedade, a fim de evitar que o ilícito perpetrado pelos herdeiros, por meio da venda de um bem que não mais pertencia aos *de cujus*, se perpetue, inclusive com respaldo do judiciário.

III.II.F. Se o caráter de mera detenção dos imóveis, exercido pelos funcionários do primeiro comprador, fora com tal característica repassado ao espólio e, por consequência, a todos os demais ocupantes nas transferências posteriores, até serem entregues aos requerentes das ações petitórias, não podem eles insurgirem-se contra o direito do possuidor legítimo, que busca reaver esta qualidade em execução autônoma, ainda que tenham logrado, por consequência de atos espúrios dos herdeiros, registrar os imóveis em seus nomes.

III.II.G. O reconhecimento da boa-fé dos atuais ocupantes das terras, para fins de retenção da área até a indenização das benfeitorias edificadas, não tem o condão de transmutar a natureza da posse injusta para posse justa, a fim de autorizar o acolhimento do pedido inicial das ações petitórias, porque os títulos dominiais registrados na matrícula dos imóveis encontram-se viciados desde a origem.

III.III. Do cotejo da bifurcação dos títulos dominiais, impõe-se reconhecer o melhor domínio do primeiro comprador, mormente quando a segunda alienação deu-se mediante atos espúrios, perpetrados por quem não mais era proprietário, em conluio com aquele que possuía apenas a detenção da área, exercida exatamente em nome do comprador legítimo.

IV. Deve ser mantida a improcedência das denunciações, ainda que julgado improcedente o pedido inicial da ação petitória principal, quando os litígios não se enquadram em qualquer das hipóteses do art. 70 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL DOS REQUERENTES – AÇÃO PETITÓRIA – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE QUE APENAS PARTE DIMINUTA DO IMÓVEL ESTARIA ENVOLVIDA NA BIFURCAÇÃO DE TÍTULOS DOMINIAIS – NÃO ACOLHIDA – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PREJUDICADA – RECURSO CONHECIDO E, NA PARTE NÃO PREJUDICADA, DESPROVIDO.

I. Se 100% da área adquirida pelos requerentes possui vício na origem, não se há de querer o reconhecimento de que apenas parte diminuta do imóvel estaria envolvida na bifurcação de títulos dominiais.

II. Se o pedido inicial foi integralmente improcedente, os ônus sucumbenciais ficam invertidos, prejudicando a análise do outro pedido recursal, de majoração da verba honorária.

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, quanto ao recurso de Isaac Melem, rejeitar as preliminares, conhecer da tese de carência de ação e a rejeitar, conhecer da prescrição extintiva e a rejeitar, após o Relator votar no mesmo sentido. No mérito, por maioria, vencido o Relator, conheceram em parte do recurso e lhe deram provimento, nos termos do voto do Revisor. Quanto ao recurso de Claudionor

Aparecido Zampieri e outra, nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, por unanimidade, conheceram do recurso e, em parte com o Relator, negaram-lhe provimento, mas julgaram prejudicada a análise do pedido de majoração honorária.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de Apelações Cíveis interpostas, respectivamente, pelo Espólio de Isaac Melem, Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri contra sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que, nestes autos da ação petitória, movido por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri em face do Espólio de Isaac Melen, julgou procedente o pedido inicial.

O Espólio de Isaac Melem alega, em síntese, que: 1) a sentença recorrida deve ser tornada insubsistente, na medida em que deixou de apreciar as questões preliminares oportunamente arguidas; 2) houve modificação do pedido e da causa de pedir durante o trâmite processual, caracterizando, assim, vício insanável, o que também corrobora a insubsistência da sentença combatida; 3) não possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação; 4) os autores são carecedores de ação; 5) restou demonstrado nos autos a implementação da prescrição aquisitiva sobre o imóvel objeto do litígio; 6) os fatos aceitos pelo juízo singular como verídicos não se deram da forma como narrado na exordial; 7) o título dominial apresentado pelos recorridos, embora registrado na matrícula do imóvel é oriundo de fraude; 8) a posse dos apelados é injusta e; 9) a verba honorária sucumbencial deve ser minorada.

Com base em tais argumentações, após prequestionar os dispositivos legais invocados, pede a reforma do provimento jurisdicional impugnado (f. 749/778).

Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri, por sua vez, sustentam, em resumo, que: 1) embora seu pedido inicial tenha sido julgado procedente, o magistrado singular partiu de premissa equivocada para o acolhimento do pleito, na medida em que se enganou quanto à origem da Fazenda Santa Rita do Pardo, bem como quanto a sua cadeia dominial e; 2) os honorários advocatícios fixados pelo juízo singular se mostram deveras reduzidos, não remunerando condignamente os advogados.

Por essas razões, pedem a retificação da sentença recorrida, na parte questionada.

Em contrarrazões, os litigantes protestam, cada qual pelo improvimento do recurso da parte adversa (f. 807/826 e 834/838).

VOTO (EM 17/03/2015)

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Claudionor Aparecido Zampieri, Doraci Garcia Zampieri e Espólio de Isaac Melem contra decisão proferida pelo juiz da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo nos autos de ação petitória.

Como visto do relatório, espólio de Isaac Melem levantou prefaciais de nulidade da sentença que não enfrentou de questões preliminares oportunamente arguidas e de vício insanável consistente na modificação do pedido e da causa de pedir. Defende ainda a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda e que os autores são carecedores de ação.

Como prejudicial de mérito, sustenta que se operou o instituto da prescrição aquisitiva sobre o imóvel objeto do litígio (usucapião).

Já no mérito, insiste que os fatos aceitos pelo juízo singular como verídicos não se deram da forma como narrado na exordial e que o título dominial apresentado pelos recorridos, embora registrado na matrícula do imóvel é oriundo de fraude, sendo injusta a posse exercida pelos apelados .

Subsidiariamente, postula a redução da verba honorária de sucumbência.

Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri, por sua vez, ponderam que embora seu pedido inicial tenha sido julgado procedente, o magistrado singular partiu de premissa equivocada para tanto, na medida em que se enganou quanto à origem da Fazenda Santa Rita do Pardo, bem como quanto a sua cadeia dominial, requerendo por fim a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

Como se vê, muito embora as partes tenha interposto recursos autônomos, considerando a prejudicialidade entre eles bem como a identidade de matérias, serão conjuntamente apreciados.

Antes de adentrar na análise das teses ventiladas nos recursos, imperioso se tecer uma digressão fática para melhor elucidação dos acontecimentos.

Nestes autos, os autores objetivam impedir a execução de sentença proferia nos autos a ação reintegratória n. 045/82 que Isaac Melem moveu contra Joaquim Nogueira de Souza, defendendo que são possuidores e proprietários da agora chamada Fazenda Santa Maria do Rio Pardo, na qual se encontram fundidas as antigas Fazendas Tupi e Reserva.

Dos documentos colacionados às f. 17-21, se extrai a seguinte sucessão dominial da discutida Fazenda Reserva:

- A Fazenda Reserva fora inicialmente objeto da Matrícula 2090 do Registro de Imóveis da 4ª Circunscrição, de Campo Grande (f. 21), foi alienada pelo Espólio de Maria Luiza de Moraes para Iuke Abe em 06/11/1979, passando a se chamar, em 12/11/1978, de Fazenda Tupi. Em 23/10/1980 foi averbada a fusão com as Fazendas Ribeirão Grande, Lagoa Feia, Alecrim e Capoeira objetos da Matrícula 1787 daquele mesmo CRI;

- As Fazendas Ribeirão Grande, Lagoa Feia, Alecrim e Capoeira objetos da Matrícula 1787 do Registro de Imóveis da 4ª Circunscrição, de Campo Grande (f. 20), foram adjudicadas por Iuke Abe em 08/06/1979 (antes de propriedade de Januária Moraes Bittencourt e Antonio de Andrade Bittencourt), tendo sido averbada a fusão com a Fazenda Reserva em 23/10/1980.

- Em razão da fusão havida entre os imóveis matriculados sob os números 1787 e 2090, a então chamada Fazenda Tupi passou a ser objeto da Matrícula n. 2608 igualmente do Registro de Imóveis da 4ª Circunscrição desta Capital (f. 19). Nela constou que no dia 23/10/1980, os autores Claudionor Aparecido Zampieri e outros adquiriram o bem de Iuke Abe por meio de "Escritura Pública de Venda e Compra" lavrada pelo 2º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Tupi Paulista-SP.

- Em 24/06/1985 a então denominada Fazenda Tupi, resultado da fusão das Fazendas Ribeirão Grande, Lagoa Feia, Alecrim, Capoeira e Reserva, passou a ser objeto da Matrícula n. 1765 do Registro

de Imóveis da Comarca de Ribas do Rio Pardo e em 25.06.1986 passou a pertencer exclusivamente aos autores, Claudionor e sua esposa Doraci e passou a denominar-se Fazenda Santa Maria do Pardo (f. 17).

Em contestação, o espólio de Isaac Melem defende sua posse com base justamente naquela sentença proferida em ação de reintegração de posse manejada contra Joaquim Nogueira de Souza.

A certidão de f. 670-671, lavrada pelo Oficial do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande, dá conta de que, em 18-07-1940, em decorrência do falecimento de José Estácio de Moraes, foram averbados em nome de sua viúva, Maria Luiza de Moraes, 1.800 hectares da Fazenda Reserva, dentre outros. Com o falecimento dela, em 12/05/1945, todas as Fazendas passaram a pertencer *"integralmente aos Srs. Jesus Nazareno de Moraes, Dulce Bittencourt de Moraes, Adelina Bittencourt de Moraes, Ranulfa de Moraes e Ivan Bittencourt de Moraes"*.

Naquela certidão ainda constou que *"A cada uma das partes adquirentes, com exceção da meeira, caberá a cada uma das partes 2.385 hts e 8.000 mts2 nas Fazendas. Ribeirão Grande, 672 hts e 1.000 mts2. Lagoa Feia, 226 hts 4.000 mts2. Reserva 360 hts, Lageado 566 hts e 6.000 mts2. Alecrim 213 hts. Capoeira 347 hts e 7.000 mts2."* Januária Moraes Bittencourt e Antonio de Andrade Bittencourt constam da cadeia sucessória da Matrícula 1787 acima mencionada.

Segundo se extrai dos documentos de f. 673 e seguintes, em 28/12/1940 Maria Luiza de Moraes teria outorgado poderes para José Estácio de Moraes, tendo Antonio Andrade Bittencourt assinado a rogo. Em 26/02/1941, Maria Luiza, acompanhada de José Estácio, constituiu José da Fonseca Simões seu bastante procurador, conferindo-lhe *"amplos gerais e ilimitados poderes para transferir a si ou a terceiros, pelo prazo ou forma que anteceder toda a missão que coube a ela mandante no inventário das leis deixado pelo seu finado marido – Severo Teixeira de Morais (...) a terceira de um mil oitocentos (1.800) hectares na fazenda 'Reserva'; (...), podendo dito procurador em causa própria, ora constituído, desde já tomar posse, usar, gozar das terras escritas e pagar os impostos devidos para entrar na efetiva e domínio das mesmas terras; transferir a si ou a terceiros, toda a posse, domínio, direito e ações (...)"*.

Após o falecimento de Maria Luiza de Moraes ocorrido no ano de 1945, José da Fonseca Simões, em 21/02/1958, nomeou Carlos Padovan seu procurador, conferindo-lhe poderes para lavrar escritura pública em nome de Isaac Melem *"de uma gleba de quatorze mil trezentos e quarenta (14.340) hectares de terras, que compõe a Fazenda Reserva e outras, localisada (sic) no município e comarca de Ribas do Rio Pardo, Estado de Mato Grosso (...)"* (f. 682), o que ocorreu com a lavratura da escritura pública de f. 685-687 datada de 16/04/1958.

Em 25 de setembro de 1987 fora prolatado sentença nos autos da ação de reintegração de posse movida por Isaac Melem contra Joaquim Nogueira de Souza e sua esposa, cuja cópia encontra anexa às f. 12-16 desta petitória. Constou daquele *decisum* que o imóvel já estava ocupado por terceiros e que, portanto, não os atingiria em virtude de *"fugir do âmbito contido no processo"*, ou seja, apenas a relação envolvendo Joaquim e Isaac foi objeto de decisão.

Dito isso, passo à apreciação das prefaciais, observando-se a preferência lógica de enfrentamento, esclarecendo desde já que dada a natureza de ordem pública, seu exame neste momento processual não importa em quaisquer nulidades, ficando desde já afastada eventual alegação de nulidade da sentença combatida.

A primeira questão preliminar a ser apreciada diz respeito à pretensa ilegitimidade passiva do espólio, pois, na sua ótica, não praticou nenhum ato que pudesse dar guarida ao manejo da presente ação em seu desfavor.

Como se sabe, tanto a doutrina moderna, quanto a jurisprudência tem entendido que o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade do procedimento.

Trata-se da aplicação da denominada teoria da asserção, segundo a qual a análise das condições da ação deve ser feita à luz das afirmações contidas na petição inicial. Assim, basta que seja positivo o juízo inicial de admissibilidade, para que tudo o mais seja decisão de mérito.

Contemple-se, a propósito, a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

> *"Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida. Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito (...) É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito".* (MARINONI. Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3ª ed. p. 182-183).

Nesse mesmo sentido, aprecie-se o seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) LEGITIMIDADE. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ANÁLISE. TEORIA DA ASSERÇÃO. APLICABILIDADE (...) 6. As condições da ação, entre elas a legitimidade ad causam, devem ser avaliadas in status assertionis, limitando-se ao exame do que está descrito na petição inicial, não cabendo ao Juiz, nesse momento, aprofundar-se em sua análise, sob pena de exercer um juízo de mérito (...)".* (STJ – REsp 1424617/RJ. Rel. Min.: Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julg.: 06/05/2014)

In casu, o exame da petição inicial revela, sem maiores dificuldades, que pretendem os autores lhes sejam reconhecidos os direitos possessórios sobre o imóvel objeto do litígio, direito que alegam possuir em virtude do título dominial que detêm sobre o indigitado bem. Como consequência de tal reconhecimento, que o o réu seja obstado de tomar posse do respectivo imóvel (f. 02/10), reconhecida por sentença transitado em julgado nos autos da demanda que moveu contra Joaquim Nogueira de Souza.

Veja-se, portanto, que os fatos narrados na exordial permitem a conclusão, *in status assertionis,* de que o recorrente é a pessoa indicada para suportar os efeitos do provimento jurisdicional requerido, os quais - efeitos -, em sendo o caso, terão o condão de modificar sua esfera jurídica.

Clarividente, dessa forma, a presença da pertinência subjetiva, o que revela a legitimidade passiva *ad causam* do apelante, devendo, pois, ser refutada a referida prefacial.

De igual modo, não merece guarida a preliminar de ofensa aos limites objetivos e subjetivos da causa de pedir e do pedido.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o provimento jurisdicional deve ser firmado após a compreensão lógico-sistemática do pedido inicial, este entendido como aquilo que se pretende com a instauração da demanda (STJ – AgR no REsp 15859/MT).

Segundo argumenta o Tribunal Cidadão, o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas sim o que se pretende com a instauração da demanda, extraído da interpretação lógico-sistemática da exordial como um todo (STJ - AgR no REsp 128402/SP).

Como decorrência lógica de tal premissa, ainda de acordo com a Corte Infraconstitucional, não importa o nome dado pelo autor à ação, devendo o magistrado atentar para a causa de pedir e para o pedido, aspectos que definem a natureza jurídica da *actio*.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL (...) NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO (...) 2. Irrelevante o nome dado à ação, pois são a causa de pedir e o pedido que definem a natureza jurídica da ação (...)".* (STJ – REsp 1420003/RS. Rel. Min.: Humberto Martins. Segunda Turma. Julg.: 04/09/2014)

Na hipótese dos autos, a despeito da controvérsia havida acerca do nome da ação -*"petitória", "reivindicatória"* ou "negatória"-, a interpretação lógico-sistemática da inicial revela, extreme de dúvidas, que a pretensão dos autores funda-se, basicamente, no seu pretenso direito possessório sobre o imóvel objeto do litígio, em virtude do título dominial que alegam deter sobre o bem (f. 02/10).

Tal pretensão, registre-se, mantém-se inalterada desde o início da demanda, sem que tenha havido nenhuma modificação no curso do longo trâmite processual.

Considerando que a causa de pedir e o pedido mantiveram-se inalterados desde a distribuição da demanda, desnecessário maiores delongas para justificar o afastamento da prefacial.

Em relação à suposta carência de ação, observa-se que os fundamentos apresentados pelo recorrente sob essa rubrica consubstanciam, em verdade, defesa de mérito, devendo, pois, ser apreciados no momento adequado para tanto.

Portanto, superadas as questões preliminares, imperioso destacar que a prejudicial de mérito – prescrição aquisitiva – não fora arguida na peça defensiva do espólio recorrente (f. 76/83), mas tão somente quando da constituição de novo patrono (f. 207/220).

Ora, é sabido que compete ao réu arguir toda a matéria de defesa no momento da contestação, por força do princípio da eventualidade, previsto no art. 300 do CPC, sob pena de, não o fazendo, sofrer os efeitos da preclusão.

Por outro lado, a prescrição é matéria de ordem pública e, como tal, pode ser conhecida até mesmo de ofício, sem ser atingida pela preclusão. É que a Lei nº. 11.280/2006 deu a nova redação ao parágrafo 5º do art. 219, determinando que a prescrição seja pronunciada até mesmo sem arguição pela parte que a ela beneficia.

Nesse sentido são os ensinamentos de Nelson Nery:

> *Decadência e prescrição podem ser alegadas a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição. A decadência pode ser alegada a qualquer tempo porque é matéria de ordem pública e não está sujeita à preclusão, inclusive a decadência convencional (CC 211). A prescrição, que hoje é de ordem pública, ainda que pudesse ser entendida como matéria de direito dispositivo, pode ser alegada a qualquer tempo porque existe autorização expressa*

> *da lei nesse sentido.* (NERY JUNIOR, Nelson. Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p 469.)

Porém, o caso telado revela alegação de prescrição aquisitiva, relacionada ao fato de que *"a posse justa do espólio (Isaac Melém) apelante já datava de mais de 20 (vinte anos) quando os apelados e outros invadiram a área, cometendo esbulho"* (f. 762), ou seja, em outras palavras, defende seu direito a usucapião decorrente da prescrição aquisitiva.

Acerca de tal, oportuno destacar que a prescrição aquisitiva somente tem pertinência como matéria de defesa se arguida na contestação, momento adequado para tanto, circunstância que, como visto, não fora observada pelo recorrente, incidindo sobre a questão o instituto da preclusão, em sua modalidade temporal.

Essa orientação, a propósito, há muito se encontra pacificada na jurisprudência pátria, havendo, inclusive, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"Ação demarcatória. Usucapião como matéria de defesa. Momento em que pode ser alegada.*
>
> *1. A prescrição extintiva pode ser argüida em qualquer fase do processo, mas a prescrição aquisitiva somente tem pertinência como matéria de defesa se argüida na contestação, momento próprio para tanto, sob pena de preclusão.*
>
> *2. Recurso especial não conhecido".* (STJ – REsp 761.911/PR. Rel. Min.: CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. Terceira Turma. Julg.: 14/11/2006)
>
> *"RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL - INOVAÇÃO RECURSAL - CONHECIMENTO PARCIAL - USUCAPIÃO - ALEGAÇÃO APÓS A CONTESTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ARTIGOS 300 e 303 DO CPC - CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA (...) Não tendo a ré alegado a usucapião em sua peça de defesa, não é lícito deduzir tal matéria em momento posterior, uma vez que esta não se subsume em nenhuma das hipóteses previstas no art. 303 do CPC. Assim, não há se falar em cerceamento de defesa, por ausência de apreciação da matéria, restando caracterizada a preclusão (...)".* (TJMG – Apelação Cível n.º 1.0024.06.044218-3/001. Rel.: Des.: Tarcisio Martins Costa. Nona Câmara Cível. Julg.: 06/05/2008)
>
> *"REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. MATÉRIA NÃO ALEGADA EM CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. PRESSUPOSTO PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE QUE A EX-ESPOSA DEVERIA INTEGRAR O PÓLO PASSIVO, COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. SE A SEPARAÇÃO DE FATO PÕE FIM AO REGIME DE BENS, É VÁLIDO O CONTRATO REALIZADO ENTRE OS EX-CÔNJUGES ANTES DO DIVÓRCIO. SENTENÇA MANTIDA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. UNÂNIME".* (TJRS – Apelação Cível nº 70002326981. Rel.: Pedro Luiz Pozza. Décima Oitava Câmara Cível. Julg.: 18/09/2003)

O próprio julgador ia quo afastou a alegação sob esse fundamento, consoante se vê:

> *A alegação de usucapião formulada pelo réu não foi formulada em contestação e não faz parte portanto do objeto do processo delimitado na fase petitória. Ainda que assim não fosse, não houve comprovação de que o tempo de sua posse seria suficiente para gerar seu direito a usucapião.*

Como bem destacado por aquele magistrado, não há nos autos indícios de tempo suficiente para gerar o direito à usucapião, havendo, por outro lado, provas de oposição decorrentes das inúmeras demandas travadas.

Feito tal registro, passa-se ao julgamento meritório.

O conflito devolvido à apreciação desse órgão colegiado resume-se em se perquirir a quem assiste o direito possessório sobre parte o imóvel hodiernamente denominado Fazenda Santa Maria do Rio Pardo, com área total de 2.455,5368 hectares, localizada no município de Ribas do Rio Pardo.

O espólio requerido alega ter o melhor direito, na medida em que adquiriu legalmente o bem, apenas não tendo levado a registro o respectivo documento, além de já lhe ter sido assegurada a reintegração na posse do imóvel em questão nos autos da ação n.º 045/82. E mais: que a cadeia dominial apresentada pelos autores se origina de fraude, razão pela qual detém a posse injusta sobre o bem.

Os autores, por sua vez, declinam que o melhor direito lhes socorre, na medida em que são os legítimos possuidores e proprietários do bem, inclusive tendo procedido à averbação do respectivo título translativo na matrícula do imóvel.

Magistral ressaltar que nos termos do artigo 333 do Códex Processual, compete aos autores a prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Acerca o ônus da prova, ensina Humberto Theodoro Júnior:

> *No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.*
>
> *Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.*
>
> *Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.*
>
> *No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual.*
>
> *Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa.* (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 635)

No mesmo sentido é o ensinamento de Moacyr Amaral Santos:

> *Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (allegatio et non probatio quasi non allegatio), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às*

> *suas circunstâncias (quaestiones facti), impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão -- ônus da prova.*
>
> *[...]*
>
> *O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação -- ensina CARNELUTTI -- é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar -- escreve ele -- a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas* (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

Com efeito, no caso em apreço, como visto da digressão feita no início, os autores possuem títulos dominiais devidamente registrados nas matrículas dos imóveis, enquanto que o requerido integra cadeia sucessória perfectibilizada por procuração.

Vale relembrar, nesse aspecto, que a propriedade de bem imóvel é provada por meio do registro ou matrícula existente no CRI da circunscrição correspondente, segundo se deflui da dicção do art. 1245 do CC/02, que assim dispõe: *"Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis"*.

Deveras, tratando-se, de mutação jurídico-real de coisa imóvel - transferência da propriedade -, o registro do título aquisitivo correspondente tem, além do inerente efeito publicitário, eficácia constitutiva, e não apenas declaratória.

Por esse motivo, o registro de venda e compra opera efeito e validade perante terceiros, sobrepondo-se a registros que não apresentam os mesmos elementos do direito de propriedade.

O requerido defende que tais títulos se originaram de fraude, razão pela qual a posse exercida pelos autores é injusta. Além de incidir sobre a questão o instituto da preclusão temporal, posto que não alegada no momento oportuno, mas tão só quando da substituição do causídico (f. 207/220), não há nos autos elementos aptos a corroborar com a tese ventilada, consoante se verá.

O domínio defendido pelo espólio decorre da procuração que Maria Luiza de Moraes outorgou para José da Fonseca Simões 26/02/1941. Ocorre que somente após o falecimento daquela ocorrido no ano de 1945, é que esse - mais precisamente em 21/02/1958 – teria nomeado Carlos Padovan como seu procurador, com o objetivo de lavrar escritura pública em nome de Isaac Melem (f. 682).

Sem adentrar na seara da ausência do instrumento em si nos autos, já que objeto de certidão cartorária que goza de presunção relativa de veracidade, impositivo analisar se com o falecimento da outorgante os poderes necessitavam ser ratificados pelo espólio diante do instituto da saisine, regulado pelo artigo 1.784 do Código Civil, *verbatim:*

> *Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.*

A respeito do instituto:

> *Com a morte, opera-se automaticamente a abertura da sucessão dos bens deixados pelo de cujus, de conformidade com o disposto pela lei então vigente.*

> *Com a abertura da sucessão, constitui-se o direito de herdar, pouco importando quem é efetivamente o sucessor.*
>
> *A abertura da sucessão importa na transmissão imediata dos bens deixados pelo de cujus em favor dos seus herdeiros, cujas administração e posse serão exercidas, via de regra, pelo cônjuge supérstite ou sobrevivente até a ulterior partilha.*
>
> *Trata-se do droit de saisine, que se constitui a partir da relação jurídica estabelecida entre a pessoa que veio a falecer (o de cujus) e a pessoa que procede à apropriação dos bens que integravam o patrimônio do defunto (o sucessor). Tal vínculo, preceitua a norma jurídica, viabiliza a apreensão da coisa em virtude da transferência do objeto.* (Lisboa, Roberto Senise - Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões - 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 293)

Por evidente que *"no momento da transmissão da posse e da propriedade, o herdeiro recebe o patrimônio tal como se encontrava com o de cujus. Logo, transmitem-se, também, além do ativo, todas as dívidas, ações e pretensões contra ele existentes"*[1], possibilitando que todos os bens do falecido se transfiram de imediato aos seus herdeiros, legítimos ou testamentários.

O Superior Tribunal de Justiça assim concebe o instituto:

> *o Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexiste direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite - se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto.*(Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial nº 1.125.510 - RS (2009/0131588-0), 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, DJe: 19/10/2011*)*

Outra definição convergente, também de cunho jurisprudencial, emerge do Recurso Especial nº 537.363 - RS (2003/0051147-7):

> *DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *1. Modos de aquisição da posse. Forma ex lege: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da saisine, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância.*
>
> *2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil - decorrente da sucessão -, tem as mesma garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada.*
>
> *3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá ex lege. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá ope legis, independentemente da prática de qualquer outro ato.*

1 http://jus.com.br/artigos/23156/a-formula-saisine-no-direito-sucessorio#ixzz3Tu5LoQm1, pesquisa em 09.03.2015, 11h42

> *4. Recurso especial a que se dá provimento.* (Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial nº 537.363 - RS (2003/0051147-7), 3ª Turma, relator Ministro Vasco Della Giustina, DJe: 07/05/2010.)

Embora a regra seja de que o mandato se extinga com a morte do outorgante e, como consequência, todo o patrimônio deixado pelo *de cujus* passe a integrar o do espólio, no caso telado, a certidão de f. 676 dá conta de que Maria Luiza conferiu *a* José da Fonseca Simões *"em causa própria", "irrevogáveis, amplos gerais e ilimitados poderes para transferir a si ou a terceiros, pelo prazo ou forma que anteceder toda a imissão que coube a ela mandante consistente em onze mil novecentos e vinte e nove (11.929), hectares de terras".*

Sílvio Rodrigues explica a distinção do mandato ordinário e procuração em causa própria:

> *"A procuração em causa própria é aquela outorgada no interesse exclusivo do mandatário. Por isso é negócio de natureza diversa do mandato ordinário, que visa atender interesse do mandante. Assim, ao contrário do mandato ordinário, é negócio irrevogável, isenta o mandatário de prestar contas e compreende todos e quaisquer poderes necessários para alcançar os fins constantes do mandato."* (Curso de Direito Civil, volume 3, 10ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 304).

No mesmo entendimento a doutrina exposta por J.M. De Carvalho Santos:

> *Procuração em causa própria (in rem propriam, in rem suam) é aquela em que são outorgados poderes ao procurador para administrar certo negócio, como coisa sua, no seu próprio interesse, fazendo suas as vantagens do mesmo negócio. Como bem adverte CLOVIS BEVILAQUA, trata-se de uma clausula desnaturadora do mandado) obr. cit. observ. ao art. 1.317), o que é uma verdade, porque, em última análise, a procuração em causa própria não produz apenas os efeitos do mandato, mesmo porque não traduz uma verdadeira representação, mas consubstancia, também, os efeitos da cessão, venda ou doação"* (Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Obrigações, Volume XVIII, 7º edição, 1961, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, p. 317).

Considerando que se trata de instrumento em causa própria, a morte da outorgante não leva a extinção do mandato, consoante já entendeu essa Câmara:

> *EMENTA CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA - ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS MEDIANTE PROCURAÇÃO PÚBLICA - ARGUMENTO DE EXTINÇÃO DO MANDATO COM O FALECIMENTO DOS OUTORGANTES - MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA CARACTERIZA ATO DE TRANSFERÊNCIA DE POSSE, DOMÍNIO, DIREITOS E AÇÕES -ATO IRREVOGÁVEL - APLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 NA ÉPOCA DA LAVRATURA DA PRIMEIRA ESCRITURA PÚBLICA POR MEIO DOS PODERES CONFERIDOS NA PROCURAÇÃO OUTORGADA EM - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. É desnecessária a realização da audiência de instrução e julgamento, se inconsistente a defesa quanto à questão de direito e sobre o fato incontroverso. já se produzir prova suficiente para formar a convicção do magistrado. Se a prova existente nos autos era, no entender do magistrado, suficiente para decidir a questão, de nenhuma serventia teria a produção de prova testemunhal para provar a tese levantada pelo recorrente de nulidade da escritura pública lavrada por meio de procuração "em causa própria", cujo outorgantes já eram falecidos por ocasião da transferência dos imóveis. Dispondo o juiz de elementos aptos a formar sua convicção, desnecessária se torna a extensão do procedimento instrutório, o que contribui para a economia processual. Considera-se procuração 'em causa própria' o instrumento público na qual ao mandatário foram conferidos, expressamente, poderes gerais e ilimitados autorizando-o, inclusive,*

> *a"transmitir posse, domínio, jus, direitos e ações", dela desdobrando-se substabelecimentos seguidos de escriturações perfeitas e acabadas". Transferindo-se todos os direitos do imóvel mediante mandato em causa própria, o mandante desvincula-se da coisa, de modo que o seu falecimento não obsta a posterior alienação do bem pelo mandatário.* (TJ-MS - APL: 03527857220088120001 MS 0352785-72.2008.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 04/11/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/11/2014)

Porém, a situação não se encerra por aqui, posto que munido de tal instrumento, Isaac Melém opôs embargos de terceiro em face do espólio de Maria Luiza objetivando a exclusão da Fazenda Reserva do inventário, os quais foram julgados improcedentes, sendo reconhecido por esta Corte, conforme ressaltado pelo julgador *a quo,* que o ora requerido *"nunca teve a posse da Fazenda, declarou também que Isaac fora terceiro interessado na ação de usucapião movida por Joaquim contra Maria Luiza, e também declarou-se que o domínio da Fazenda Reserva pertence ao espólio de Maria Luiza"*.

E continuou esclarecendo:

> *Observa-se que o* ***espólio de Maria Luiza, além de possuir a propriedade registrada no Registro de Imóveis****, teve declaração judicial de que a Fazenda estava na sua* ***posse****, através do acordo com Joaquim Nogueira, e que a Fazenda era de sua* ***propriedade****, através dos embargos de terceiro movidos por Isaac Melem. A sentença foi proferida em 08/05/79 nos autos 101/77 e o acórdão é o de nº 240/83 julgado em 03/10/83.*
>
> *Foi nesse contexto que, segundo Isaac Melem, espólio de Maria Luiza vendeu a terceiros a Fazenda Progresso.*
>
> *Os autores da presente petitória, antes, para tentar impedir a execução da sentença reintegratória, ajuizaram* ***embargos de terceiro*** *e* ***embargos de retenção por benfeitoria****.*
>
> ***Com relação aos embargos de terceiro****, segundo decisão de primeira entrância, confirmada em segundo grau, os autores não ostentam a qualidade de terceiros. O comando judicial nesse aspecto, declarou os autores carecedores de ação, extinguindo os embargos de terceiro na análise das preliminares, ou seja, não decidindo sobre o mérito, mérito este que se sustentava na alegação de propriedade.*
>
> *(...)*
>
> ***Quanto aos embargos de retenção por benfeitoria,*** *não obstante sendo proprietários da terra, moveram os embargos de retenção por benfeitorias. Isso mesmo. Os proprietários moveram ação de retenção por benfeitorias e assim a matéria foi conhecida e decidida em primeiro e segundo graus. Essa questão é sabida por espólio de Isaac Melem e estranha que ao final do presente processo ponham em dúvida essa situação. Basta a leitura da sentença e do acórdão nos embargos de retenção por benfeitoria para constatar sem sombra de dúvida que quando o Judiciário declarou que o ora autor tinha o direito de retenção por benfeitoria sabia que estava reconhecendo esse direito* ***ao proprietário****. De qualquer forma, ficou decidido nos embargos de retenção que a execução do mandado de reintegração de posse a favor de espólio de Isaac Melem ficava condicionada à indenização das vultosas benfeitorias construídas pelo autor, proprietário e possuidor de boa-fé.* (destaques constantes do original)

Diante do até aqui exposto se conclui, em relação ao requerido Isaac Melém, que: (a) integra a cadeia sucessória do bem por meio de procurações públicas; (b) obteve decisão de reintegração de posse da área em discussão nestes autos, na demanda manejada contra Joaquim; (c) ficou consignado naqueles que não atingiria direito dos aqui autores; (d) nos autos dos embargos de terceiro que opôs em face do espólio de

Maria Luiza, restou decidido que o domínio da Fazenda Reserva percente aos herdeiros e que o embargante nunca esteve na posse do bem.

Relativamente aos autores, verificou-se: (a) extreme de dúvida que são proprietários, seja em razão da cadeia dominiais dos imóveis ou por ter sido reconhecido por esta Corte como tais em sede de embargos de terceiros e embargos de retenção; (b) detém a posse sobre o imóvel, consoante restou decidido nos autos da ação de reintegração de posse em que litigaram Isaac e Joaquim[2].

Esta Corte reiteradas vezes reconheceu que os autores são proprietários e possuidores da área em questão, muito embora tenha remetido à discussão em ação petitória a posse decorrente do domínio. Aliás, como bem dito pelo magistrado de primeira instância, *"A situação, posta nestes termos, é a seguinte: o autor da ação é proprietário da terra e a adquiriu de seu legítimo dono com a transferência não só do domínio, mas também da posse"*.

Quanto ao requerido, viu seu pleito acolhido tão somente na demanda em que litigou contra seu antigo funcionário, Joaquim, ou seja, contra este teve melhor direito, mas não contra os requerentes

Assim concluiu corretamente o juiz de instância singular que *"posto em confronto, pela primeira vez, ambos os direitos possessórios, tanto dos autores quanto do réu, julgo que os autores tem melhor direito, conforme a motivação acima apresentada, com destaque para os fatos de que são proprietários e possuidores de boa-fé da área, que não fizeram parte da relação processual que reconheceu o direito de posse do réu, e que cumpriram com sua função social construindo vultosas benfeitorias na área"*.

Nesse caminhar, comprovado o efetivo domínio dos apelados sobre o imóvel objeto do litígio, deve ser acolhido seu pleito inaugural, para que lhes seja garantido o direito de posse sobre o já citado bem, mormente contra pretensões manifestadas pelo requerido.

Quanto à alegação dos autores de que a sentença, embora procedente, partiu da premissa equivocada quanto a origem e desmembramento da Fazenda Santa Maria do Pardo e sua cadeia dominial, devidamente corrigida por este acórdão já no início, não importando, porém, em provimento do recurso posto não ter alterado de forma significativa seu resultado.

Por fim, não merece reforma o capítulo da sentença que tratou dos honorários advocatícios. Com efeito, ao comentar sobre os critérios para fixação dos honorários advocatícios, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam que:

> *"São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levados em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (...)."* (NERY JR. Nelson; e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado; 9ª edição; p. 193; Editora RT).

Nesse mesmo sentido, foi a lição dada pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do AgRg no Ag 1.420.776/SC, esclareceu que a fixação da verba honorária deve observar, outrossim, o critério da razoabilidade, evitando-se, com isso, o arbitramento de valores voluptuosos ou irrisórios.

2 "(...) No caso, porém, o imóvel já está inteiramente em mãos de terceiros, questão que não será decidida por esta sentença, por fugir do âmbito contido no processo, mas sim somente através de nova procuração dos interessados (...)" (f. 14)

Contemple-se, a propósito, trecho do voto exarado pelo magistrado do STJ:

> *"(...) O critério para a fixação da verba honorária deve levar em conta, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional advocatício efetivamente prestado, não devendo altear-se a culminâncias desproporcionais e nem ser rebaixado a níveis claramente demeritórios".*

Nesse cenário, transpondo as diretrizes traçadas pela doutrina e jurisprudência para o caso concreto, conclui-se que agiu com acerto o magistrado singular.

Ora, a quantia arbitrada R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) se mostra suficiente para remunerar condignamente o trabalho desempenhado pelo patrono dos recorridos, sobretudo considerando-se a complexidade da causa, bem como o tempo de duração da ação (mais de 14 anos), valor que, ademais, encontra-se em harmonia com o princípio da razoabilidade e remunera com dignidade o causídico sem importar em locupletamento sem causa.

Ex positis, nego provimento aos recursos de apelações cíveis interpostos pelo Espólio Isaac Melem e Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Marco André), após o relator afastar as preliminares e negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 31/03/2015)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Revisor

Pedi vista dos autos para melhor analisar os fatos que circundam o litígio e, após examinar detidamente as manifestações das partes e os documentos que instruem o processo, concluí que a lide merece deslinde diverso daquele proposto pelo e. Relator, razão pela qual, com sua devida vênia, passo a divergir quanto ao mérito.

Antes de exarar meu entendimento sobre a controvérsia devolvida, hei por bem fazer um breve escorço dos fatos relevantes e necessários para a resolução da lide.

I. Escorço fático dos processos em análise

I.I. Processo nº 0550015-17.1999.8.12.0041, ajuizado por Kanji Kawamura (Espólio)

I.I.a. Petição inicial de Espólio Kanji Kawamura

Espólio Kanji Kawamura ajuizou a presente ação petitória (f. 02-07), objetivando, basicamente, ser-lhe reconhecido o direito de manter-se na posse da Fazenda Progresso (Matrícula 8.659, CRI de Ribas do Rio Pardo), com área de 726,00 hectares, desmembrada da antiga Fazenda Reserva, com base no seu título de propriedade.

Justifica a pretensão no fato de ter legitimamente adquirido, por contrato oneroso, de Yuke Abe (embora a escritura pública lhe tenha sido outorgada diretamente pelo espólio de Maria Luiza de Moraes) a terra nua do imóvel, conforme evidenciado na matrícula do imóvel.

Denunciou à lide a viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros, para que, em caso de improcedência do pedido, restar assegurado o direito que da evicção resulta.

I.I.b. Contestação dos denunciados

A viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros apresentaram contestação (f. 38-43), defendendo a impossibilidade da denunciação, porque: a) não houve demonstração documental de que o imóvel foi transferido ao requerente pelo *de cujus*; b) o denunciante já logrou a procedência de análoga denunciação quando da oposição de embargos de terceiro nº 082/89; c) a improcedência da ação não acarretará a perda da coisa e, por isso, não se haveria de falar em direito pela evicção.

I.I.c. Contestação do Espólio de Isaac Melem

Espólio de Isaac Melem opôs-se contra a pretensão inicial em contestação (f. 85-93), pugnando pela improcedência do pedido, sob o fundamento de que: a) a pretensão visa tão somente nulificar os efeitos da sentença proferida na ação de reintegração de posse nº 045/82, interposta em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, ciente de que pretensão análoga foi-lhe negada na Ação Rescisória nº 114/89 e nos Embargos de Terceiros nº 0550021-73.1989.8.12.0041 – nº 082/89, opostos nos autos da Reintegração de Posse nº 045/82; b) quem adquire coisa litigiosa não é terceiro e, por isso, está afeto ao julgado; c) a ação petitória de natureza negatória somente pode ser utilizada quando o esbulho de terceiro é gerado com conduta ilícita, o que não é o caso tratado, já que a tomada da posse pelo requerido está resguardado por decisões judiciais.

I.I.d. Sentença

Processada a demanda, o juízo *a quo* prolatou sentença de mérito (f. 501-503), onde: a) julgou improcedente o pedido aposto na ação petitória, sob o fundamento de que o requerente não teria comprovado os requisitos da usucapião; b) julgou improcedente as denunciações da lide, porque não comprovado que o alienante foi o espólio de Yuke Abe; c) condenou ao requerente nas despesas processuais e nos honorários advocatícios, tanto em favor dos advogados do requerido (R$ 40.000,00) quanto dos denunciados (R$ 4.000,00).

I.I.e. Embargos de declaração com efeitos infringentes de Espólio Kanji Kawamura

Entretanto, opostos embargos de declaração pelo requerente, o Juízo singular entendeu por bem acolhê-los para reconhecer uma omissão e contradição, referentes ao fato de, contrariamente ao quanto decidido na sentença, o direito de propriedade não ter sido invocado como pedido, mas como fundamento jurídico para resguardo da posse (f. 521-527). Suprimidos os vícios apontados, o juízo, ofertando efeitos infringentes aos aclaratórios, reconheceu que: a) julgou procedente o pedido inicial, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão, já que, cotejando os direitos possessórios do requerente e do requerido, aquele possui melhor direito; b) julgou improcedente as denunciações, já que o requerente logrou o acolhimento de seu pedido; c) condenou o requerido no pagamento das despesas processuais, bem como honorários advocatícios do patrono do requerente, no valor de R$ 40.000,00; d) condenou o requerente no pagamento dos honorários dos advogados dos denunciados, no montante de R$ 4.000,00.

I.I.f. Apelação de espólio de Isaac Melem

Rejeitados os embargos de declaração opostos por Espólio de Isaac Melem, este interpôs a presente Apelação Cível (f. 611-640), onde suscitou, preliminarmente: a) nulidade da decisão que rejeitou os aclaratórios, porque não enfrentou algumas preliminares arguidas e reiteradas diversas vezes; em sendo possível o julgamento imediato das preambulares, reavivou as preliminares de: b) inadmissibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido, que nominou a ação de petitória, mas foi recebida como reivindicatória e, após, transmutou-se para negatória; c) sua ilegitimidade passiva, porque não praticou qualquer ato que justificasse o ajuizamento de ação petitória; d) carência da ação: d.1) em razão do aviamento de ação

baseada no domínio quando pendente ação possessória; d.2) em razão da utilização da ação negatória para impedir ordem judicial emanada de feito possessório; e) prescrição aquisitiva (usucapião extraordinário – 20 anos – 550 do CC/16) e extintiva (ação baseada em direito real – 10 anos – art. 177 do CC/16).

No mérito, aduziu que a verdade dos fatos lhe favorece, na medida em que adquiriu a Fazenda Reserva (matriculada originariamente sob o nº 8.566 do CRI de Campo Grande), por meio de uma cadeia de procurações em causa própria deflagrada por Maria Luiza de Morais, até lhe ser escriturada tal propriedade por ato de Carlos Padovan, em 16.04.1958, ou seja, em data anterior às alienações realizadas pelos herdeiros da Sra. Maria Luiza de Morais, que, pela segunda vez, venderam integralmente a Fazenda Reserva, entre Novembro/79 a Agosto/82, a Yuke Abe e este, por sua vez, alienou a terceiros, como o apelado (Espólio Kanji Kawamura).

Após esclarecer que seus funcionários (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luiza de Souza), colocados na Fazenda Reserva para dela cuidar após a aquisição em 16.04.1958, arquitetaram uma fraude (acordo de entrega da Fazenda por preço certo, no seio da ação de usucapião nº 1.081/74, ajuizada por Joaquim em face dos herdeiros de Maria Luiza, e no âmago da ação reivindicatória nº 028/79 ajuizada por estes em face daquele; seguido de alienação das propriedades no inventário a Yuke Abe e terceiros), em conluio com Yuke Abe e com os herdeiros da Sra. Maria Luiza de Morais, possibilitando-se a segunda alienação da mesma propriedade, invocou o manto da coisa julgada proferida na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82, onde logrou uma tutela reintegratória em face de seus funcionários (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luiza de Souza), a qual atinge todos na cadeia sucessória, incluindo-se o apelado.

Assim, sustentando que não basta ao requerente deter um título de propriedade registrado na matrícula, visto que oriundo de fraude, visando grilagem de terras perpetrada pelos herdeiros de Maria Luiza, Yuke Abe e os demais adquirentes, e invocando seu direito de propriedade, porque possui título anterior hígido e escorreito, pugnou pela improcedência do pedido inicial, a fim de reconhecer seu melhor direito de posse com base no domínio.

Ao final, pede a inversão dos ônus sucumbenciais e a minoração dos honorários advocatícios, por reputar excessivo o valor de R$ 40.000,00.

I.I.g. Contrarrazões de Espólio Kanji Kawamura

Em contrarrazões (f. 646-683), o recorrido rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pelo não provimento do recurso.

I.II. Processo nº 0550016-02.1999.8.12.0041, ajuizado por Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri

I.II.a. Petição inicial

Os requerentes ajuizaram a presente ação petitória, objetivando, basicamente, ser-lhes reconhecido o direito de manterem-se na posse da Fazenda Reserva (Matrícula 1934, CRI de Ribas do Rio Pardo), com área de 750,00 hectares, desmembrada da antiga Fazenda Reserva, com base no seu título de propriedade.

Justificam a pretensão no fato de terem legitimamente adquirido, por contrato oneroso, de Manoel Santana de Souza e sua mulher a terra nua do imóvel, conforme evidenciado na matrícula do imóvel.

Denunciaram à lide Manoel Santana de Souza e sua mulher, para que, em caso de improcedência do pedido, restar assegurado o direito que da evicção resulta.

I.II.b. Contestação dos denunciados

Manoel Santana de Souza, filho de Joaquim, e sua mulher apresentaram contestação (f. 48-52), defendendo a impossibilidade da denunciação, porque esta deveria ter sido realizada na Ação de Reintegração de Posse movida pelo Isaac Melem, pelo que não se há de falar em direito pela evicção. Denunciaram à lide Aparecida Luzia de Moraes, quem lhes teria transferido a propriedade, como dação em pagamento dos Cr$ 3.000.000,00, convencionados no acordo firmado pelo pai Joaquim e herdeiros de Maria Luiza.

I.II.c. Contestação do espólio de Isaac Melem

Em contestação (f. 96-104), Espólio de Isaac Melem se vale da mesma defesa indicada no item I.I.c. acima.

I.II.d. Sentença

Processada a demanda, o juízo *a quo* prolatou sentença de mérito (f. 453-455), onde, *mutatis mutandis*, resolveu de forma análoga àquela descrita no item I.I.d. (improcedência do pedido inicial e da denunciação, com os ônus sucumbenciais respectivos).

I.II.e. Embargos de declaração com efeitos infringentes dos requerentes

Entretanto, opostos embargos de declaração pelo requerente, o Juízo singular entendeu por bem acolhê-los, concedendo igual resolução àquela descrita no item I.I.e. (julgou procedente o pedido inicial e improcedente a denunciação, com os ônus sucumbenciais respectivos).

I.II.f. Apelação de espólio de Isaac Melem

Rejeitados os embargos de declaração opostos por Espólio de Isaac Melem, este interpôs a presente Apelação Cível (f. 560-589), com idêntico teor, adequando-se os fatos e as partes, àquela descrita no item I.I.f.

I.II.g. Contrarrazões dos requerentes

Em contrarrazões (f. 595-631), os recorridos rebateram os argumentos da parte *ex adversa* e pugnaram pelo não provimento do recurso.

I.III. Processo nº 0550018-69.1999.8.12.0041, ajuizado por Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro

I.III.a. Petição inicial

Os requerentes ajuizaram a presente ação petitória, objetivando, basicamente, ser-lhes reconhecido o direito de manterem-se na posse da Fazenda Eldorado (Matrícula 228, registros 1 e 2, CRI de Ribas do Rio Pardo), com área de 2.420,00 hectares, desmembrada da antiga Fazenda Reserva, com base no seu título de propriedade.

Justificam a pretensão no fato de terem legitimamente adquirido, por contrato oneroso, de Yuke Abe a terra nua do imóvel, conforme evidenciado na matrícula do imóvel.

Denunciaram à lide a viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros, para que, em caso de improcedência do pedido, restar assegurado o direito que da evicção resulta.

I.III.b. Contestação dos denunciados

A viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros apresentaram contestação (f. 45-50), defendendo a impossibilidade da denunciação, porque: a) o denunciante já logrou a procedência de análoga denunciação quando da oposição de embargos de terceiro nº 082/89; b) a improcedência da ação não acarretará a perda da coisa e, por isso, não se haveria de falar em direito pela evicção.

I.III.c. Contestação do espólio de Isaac Melem

Em contestação (f. 107-115), Espólio de Isaac Melem se vale da mesma defesa indicada no item I.I.c. acima.

I.III.d. Sentença

Processada a demanda, o juízo *a quo* prolatou sentença de mérito (f. 443-445), onde, *mutatis mutandis*, resolveu de forma análoga àquela descrita no item I.I.d. (improcedência do pedido inicial e da denunciação, com os ônus sucumbenciais respectivos).

I.III.e. Embargos de declaração com efeitos infringentes dos requerentes

Entretanto, opostos embargos de declaração pelo requerente, o Juízo singular entendeu por bem acolhê-los, concedendo igual resolução àquela descrita no item I.I.e. (julgou procedente o pedido inicial e improcedente a denunciação, com os ônus sucumbenciais respectivos).

I.III.f. Apelação de espólio de Isaac Melem

Rejeitados os embargos de declaração opostos por Espólio de Isaac Melem, este interpôs a presente Apelação Cível (f. 546-565), com idêntico teor, adequando-se os fatos e as partes, àquela descrita no item I.I.f.

I.III.g. Contrarrazões dos requerentes

Em contrarrazões (f. 571-607), os recorridos rebateram os argumentos da parte *ex adversa* e pugnaram pelo não provimento do recurso.

I.IV. Processo nº 0550019-54.1999.8.12.0041, ajuizado por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri

I.IV.a. Petição inicial

Os requerentes ajuizaram a presente ação petitória, objetivando, basicamente, ser-lhes reconhecido o direito de manterem-se na posse da Fazenda Santa Maria do Rio Pardo (Matrícula 1765, registro 5, CRI de Ribas do Rio Pardo), com área de 2.455,5368 hectares, desmembrada das antigas Fazendas Alecrin e Capoeira, com base no seu título de propriedade.

Justificam a pretensão no fato de terem legitimamente adquirido, por contrato oneroso, de Yuke Abe a terra nua do imóvel, conforme evidenciado na matrícula do imóvel.

Evidenciam, outrossim, que apenas 70,5638 hectares estão inseridos na problemática travada contra Isaac Melem, porquanto somente esta quantia de terras tem como antecessores dominiais Yuke Abe e espólio de Maria Luiza de Morais, sendo que os outros 2.385,00 hectares advém de outra cadeia de sucessões, originária diretamente da partilha de Severo Teixeira de Moraes, homologada em 19.04.40.

Denunciaram à lide a viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros, para que, em caso de improcedência do pedido, restar assegurado o direito que da evicção resulta.

I.IV.b. Contestação dos denunciados

A viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros apresentaram contestação (f. 47-52), defendendo a impossibilidade da denunciação, porque: a) o denunciante já logrou a procedência de análoga denunciação quando da oposição de embargos de terceiro nº 082/89; b) a improcedência da ação não acarretará a perda da coisa e, por isso, não se haveria de falar em direito pela evicção. Denunciaram à lide Espólio de Maria Luiza de Moraes, Antônio Andrade Bittencourt e Januária de Morais Bittencourt, quem lhes teriam transferido as propriedades.

I.IV.c. Contestação do espólio de Isaac Melem

Em contestação (f. 76-83), Espólio de Isaac Melem se vale da mesma defesa indicada no item I.I.c. acima, acrescentando, entretanto, que encontra-se precluso o direito de discutir se a sentença proferida na Ação Rescisória nº 045/82 abrange apenas área diminuta de sua propriedade, já que deveria ter disso cuidado nos embargos de terceiro.

I.IV.d. Sentença

Processada a demanda, o juízo *a quo* prolatou sentença de mérito (f. 594-596), onde, *mutatis mutandis*, resolveu de forma análoga àquela descrita no item I.I.d. (improcedência do pedido inicial e da denunciação, com os ônus sucumbenciais respectivos, ressaltando que, nesta demanda, os honorários foram fixados em R$ 50.000,00 na lide principal e R$ 5.000,00 na lide secundária).

I.IV.e. Embargos de declaração com efeitos infringentes dos requerentes

Entretanto, opostos embargos de declaração pelo requerente, o Juízo singular entendeu por bem acolhê-los, concedendo igual resolução àquela descrita no item I.I.e. (julgou procedente o pedido inicial e improcedente a denunciação, com os ônus sucumbenciais respectivos, ressaltando, entretanto, que, nesta oportunidade, os honorários foram novamente fixados em R$ 40.000,00 na lide principal e R$ 4.000,00 na lide secundária).

I.IV.f. Apelação de espólio de Isaac Melem

Rejeitados os embargos de declaração opostos por Espólio de Isaac Melem, este interpôs a presente Apelação Cível (f. 749-778), com idêntico teor, adequando-se os fatos e as partes, àquela descrita no item I.I.f.

I.IV.g. Apelação de Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri

Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri igualmente interpuseram apelação cível (f. 792-800), pretendendo o reconhecimento de que apenas 70,5638 hectares estariam inseridos na problemática travada contra Isaac Melem, porquanto somente esta quantia de terras tem como antecessores dominiais Yuke Abe e espólio de Maria Luiza de Morais, sendo que os outros 2.385,00 hectares advêm de outra cadeia de sucessões, originária diretamente da partilha de Severo Teixeira de Moraes, homologada em 19.04.40. Além disso, pediu a majoração dos honorários de R$ 40.000,00 para 20% do valor da causa.

I.IV.h. Contrarrazões de ambos os apelados

Os apelados apresentaram contrarrazões (Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri à f. 807-826; viúva meeira de Yuke Abe e seus herdeiros à f. 828-832; Isaac Melem à f. 834-838), os rebateram os argumentos da parte *ex adversa* e pugnaram pelo não provimento do recurso contrário aos seus interesses.

Feito este breve relato das peculiaridades e discussões envolvidas em cada cada processo, passo ao exame das matérias devolvidas nos apelos.

II. Apelações de espólio de Isaac Melem nos processos nº 0550015-17.1999.8.12.0041 (ajuizado por Espólio de Kanji Kawamura), nº 0550016-02.1999.8.12.0041 (ajuizado por Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri), nº 0550018-69.1999.8.12.0041 (ajuizado por Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro) e nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (ajuizado por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri)

II.I. Preliminares

II.I.a. Nulidade da decisão dos embargos de declaração, em razão do não enfrentamento das preliminares

No que tange à preliminar suscitada pelo espólio de Isaac Melem, referente à pretensa nulidade das decisões dos embargos de declaração, em razão do não enfrentamento das preliminares arguidas em primeiro grau em todos os processos, acompanho o e. Relator.

Como ressabido, tratando-se de matéria de ordem pública, as preliminares suscitadas em primeiro grau e reavivadas neste Juízo podem ser apreciadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que isso importe em supressão de instância.

Logo, considerando-se que anulação da decisão, sob tais circunstância, importaria tão somente em delongar a resolução do litígio, em flagrante afronta aos princípios da celeridade e economia processuais, e da razoável duração do processo, com o Relator, rejeito dita preliminar de nulidade e passo ao exame das mencionadas matérias de ordem pública.

II.I.b. Ilegitimidade passiva *ad causam* do espólio de Isaac Melem

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, acompanho igualmente o relator.

Como se infere da prudente leitura das petições iniciais dos processos ora sob julgamento, o que pretendem os requerentes das ações é o reconhecimento do melhor direito sobre os imóveis em discussão, em razão do título dominial que detêm sobre as Fazendas reclamadas por Isaac Melem, na multicitada Ação de Reintegração de Posse nº 045/82.

Ora, se os requerentes pretendem, por meio da presente ação ordinária, subjugar eventual direito de posse do requerido Espólio de Isaac Melem, com base no melhor domínio que detêm sobre o bem, evidentemente que este é legitimado a responder aos termos da ação, porque será ele o destinatário de eventual tutela jurisdicional.

Por isso, com o relator, rejeito mencionada preliminar.

II.I.c. Nulidade advinda da alteração da causa de pedir no curso do processo

No que se relaciona à suposta nulidade processual advinda da alteração da causa de pedir e do pedido no curso da demanda, hei por bem também acompanhar o relator.

Como já salientado, a pretensão dos requerentes, nas diversas ações ora em análise, é a declaração de que possuem o direito de permanecer usando e gozando da coisa, bem como dela dispô-la, com base no melhor domínio.

É o que se depreende da interpretação lógico-sistemática das petições iniciais, cujas pretensões foram bem compreendidas pela parte requerida, tanto que logrou impugnar expressamente os pedidos quando da apresentação das contestações.

Atento à irrelevância do *nomem iuris* dado à causa e ciente de que cabe ao Estado-Juiz adequar os fatos ao direito *da mihi factum dabo tibi jus*, não se há de falar em nulidade processual em razão de mutação da causa de pedir e pedido, porquanto estes permaneceram incólumes durante todo o processamento da ação.

Assim, com o Relator, rejeito a preliminar.

II.I.d. Carência da ação

Como acima referido, o apelante Espólio de Isaac Melem afirma que os requerentes são carecedores da ação, seja porque aviaram demanda baseada no domínio quando pendente ação possessória, seja porque impossível a utilização da ação negatória para impedir ordem judicial emanada de feito possessório.

Entendeu o douto Relator que referidas questões são defesas de mérito, pelo que relegou a apreciação para o momento do julgamento da questão de fundo.

Com a devida vênia do e. relator, hei por bem divergir, por entender que as teses estão a retratar matérias preliminares de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido (ação petitória na pendência de ação possessória) e por falta de interesse de agir, na modalidade interesse-adequação (ação negatória para impedir cumprimento da tutela possessória), pelo que passo a apreciá-las.

II.I.d.1. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido

O apelante afirma que os requerentes são carecedores do direito de ação, porque intentaram ação petitória na pendência de ação possessória.

De fato, o art. 923 do CPC estabelece expressamente que "*Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio*".

Trata-se de uma proibição temporária ao direito de ação que, se exercido, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

A propósito, veja-se:

> *"AÇÃO REIVINDICATÓRIA. LIMINAR CONCEDIDA. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS CÍVEIS. ARTS. 267, § 3º E 301, § 4º, DO CPC. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXISTÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA, AJUIZADA ANTERIORMENTE, ENVOLVENDO O MESMO BEM IMÓVEL. ÓBICE LEGAL. ART. 923 DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Por força do art. 267, § 3º e 301, § 4º, ambos do CPC, o efeito translativo do recurso de agravo de instrumento permite a análise, ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das condições da ação e dos pressupostos processuais, matérias de ordem pública. Se ficar patenteada a impossibilidade jurídica do pedido em razão, no caso concreto, de ofensa à vedação legal contida no art. 923 do CPC que estabelece ser defeso às partes, na pendência de ação possessória, ajuizar demanda de natureza petitória, cabe ao Tribunal não mais que extinguir o processo sem resolução de mérito."* (TJ-SC - AI: 246868 SC 2008.024686-8, Relator: Sônia Maria Schmitz, Data de Julgamento: 19/09/2011, Quinta Câmara de Direito Civil)

Ocorre, entretanto, que referida preambular não pode ser acolhida no caso vertente.

Isso porque, é incontroverso nos autos que constou da sentença, proferida na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82, que "*no caso, porém, o imóvel há está inteiramente em mãos de terceiros, questão que não será decidida por esta sentença, por fugir do âmbito contido no processo, mas, sim, somente através de mova provocação dos interessados, nos limites de seus respectivos direitos e pelas vias próprias e adequadas, com análise, inclusive, quanto à existência de boa ou má-fé*".

Como visto, o direito de ação daqueles possuidores contemporâneos à data da prolação da sentença, ora requerentes, restou assegurado pela própria tutela jurisdicional, dadas as peculiaridades que envolviam a demanda.

Não fosse isso, quando do ajuizamento das ações petitórias ora em comento, a sentença proferida na ação possessória já havia transitado em julgado, perspectiva esta que o próprio apelante retrata no seio da preliminar ora em julgamento.

Além disso, em consulta aos autos nº 0550079-27.1999.8.12.0041, via SAJ, em trâmite da Comarca de Ribas do Rio Pardo, referente à execução da reintegração de posse concedida a Isaac Melem, percebe-se que a tutela jurisdicional foi parcialmente cumprida, tendo havido diversas alterações quanto à posse das Fazendas, tudo em razão de diversos obstáculos erigidos pela oposição de embargos de terceiro e embargos de retenção por benfeitorias.

Se assim o é, não se afiguraria razoável, dada a necessidade de resolução dos litígios havidos entre Isaac Melem e requerentes, que se arrastam por mais de trinta anos, impor àqueles que usufruíam da posse, o encerramento definitivo da execução da tutela possessória para, somente depois, ajuizar ação petitória.

Há casos, pois, como o presente, que a aplicabilidade do art. 923 do CPC merece temperamento, visando resguardar os princípios da segurança jurídica, da celeridade e economia processuais, bem como a razoável duração do processo, e concedendo à ação ordinária sua verdadeira finalidade, que é pacificar o litígio social e restabelecer a ordem legal.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL. REIVINDICATÓRIA. ART. 923 DO CPC. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAIS.*
>
> *Consideradas as peculiaridades do caso concreto e em homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais, fica afastada, na hipótese, a regra do art. 923 do CPC. Recurso especial parcialmente conhecido e provido."* (REsp 402.764/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 30/06/2003, p. 255)

Importante salientar, a propósito, que o julgamento das presentes causas poderá encerrar litígios trintenários, mediante a concessão da tutela àquele que detém o melhor domínio sobre as Fazendas situadas em Ribas do Rio Pardo, perspectiva esta que reforça a convicção da inaplicabilidade do art. 923 do CPC e da necessidade de julgamento do mérito.

Assim, divirjo do Relator, para conhecer e rejeitar esta preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

II.I.d.2. Carência de ação por por falta de interesse de agir, na modalidade interesse-adequação

A outra tese invocada pelo apelante, refere-se à pretensa carência de ação dos requerentes, por ser inadequada a ação negatória para impedir cumprimento da tutela possessória.

Por certo, uma vez mais a preliminar deve ser rechaçada.

Ao contrário do que faz transparecer o requerido-apelante, os requerentes-apelados não estão a exercer o direito de ação tão somente para inviabilizar a execução de uma tutela possessória que foi concedida à parte *ex adversa*.

Visam, em verdade, o reconhecimento do melhor domínio sobre os imóveis rurais que adquiriram por contrato oneroso, perspectiva esta que, caso procedente, certamente lhes assegurará o direito de usar, gozar e dispor do bem.

Em outras palavras, os requerentes ajuizaram as ações dispostos a colocar seus títulos de propriedade em cotejo com aquele há muito erigido por Isaac Melem, tudo a fim de pacificar o litígio que transcende gerações.

A reclamação da referida providência jurisdicional é útil, necessária e adequada para o fim colimado, na medida em que aqueles que se autodenominam proprietários estão a reclamar a negação de condição análoga àquele que, também sob tal qualidade, está perseguindo o mesmo bem.

Como bem ressalta Marinoni e Mitidiero, "*a propriedade pode ser tutelada mediante o exercício do direito de ação depois de esgotado o juízo possessório*"[3].

No caso, considerando ser inaplicável o art. 923 do CPC, pelas razões acima explicitadas, é de se considerar que a pretensão de tutelar a propriedade mediante o exercício do direito de ação é legítima, dada o flagrante interesse de agir (na modalidade interesse-necessidade, interesse-utilidade e interesse-adequação) quanto à resolução definitiva da controvérsia, referente ao verdadeiro detentor do direito de permanecer sob o uso e gozo das Fazendas, com base no domínio.

Não é por outra razão, a propósito, que Marinoni e Mitidiero, comentando o próprio art. 923 do CPC, propuseram uma releitura do Enunciado nº 487 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, no seguinte sentido:

> *"A Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que 'será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada', não tem mais qualquer aplicabilidade diante das ações possessórias. Atualmente, para se dar utilidade à Súmula 487, STF, é preciso sustentar que a exceção de domínio é permitida na ação petitória. Nestes termos, isto ocorre quando o autor pede, na ação reivindicatória, a recuperação da posse fundado no domínio e o réu contesta com base na propriedade."*[4]

No caso presente, à semelhança do ocorrem nas ações negatórias, os requerentes pretendem manter-se na posse, fundado no domínio, alijando análoga pretensão daquele que vier a defender igual qualidade de proprietário.

Logo, havendo ação ordinária como instrumento adequado para tal objetivo, é de se reconhecer a existência de interesse de agir dos requerentes.

Sendo assim, hei por bem divergir do Relator, para conhecer e rejeitar esta preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir.

II.II. Prejudicial de mérito

3 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 840.
4 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Idem.**

II.II.a. Prescrição aquisitiva

Como prejudicial ao mérito, o demandado, ora apelante, suscitou o implemento da prescrição aquisitiva das Fazendas, porque detém justo título e boa-fé, sendo que sua posse, em continuação à do antecessor supera o prazo para usucapião ordinário ou extraordinário (arts. 550 e 551 do CC/16).

A respeito desta tese, entendeu o ilustre Relator não ser possível o conhecimento da matéria, porque ela não foi tratada na contestação.

Hei por bem acompanhar o i. Relator neste ponto.

É que a prescrição aquisitiva, como ressabido, pressuposto da usucapião, é matéria de defesa e, como tal, deve integrar a contestação, sob pena de não ser admissível a suscitação posterior, sob pena de indevida inovação de tese.

Como bem aponta o art. 303 do CPC, "*depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: relativas a direito superveniente; competir ao juiz conhecer delas de ofício; por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo*".

A exceção de usucapião, onde o usucapiente busca afastar a pretensão do suposto proprietário de reaver o imóvel, nada se relaciona com as hipóteses excepcionais estabelecidas no art. 303 do CPC, tratando-se de verdadeiro fato impeditivo ao direito do autor da ação petitória.

Se assim o é, cabia ao requerido, por força do quanto disposto nos artigos 300[5] e 302[6] do CPC, deduzir referida matéria nas contestações, sob pena de não ser admitida a suscitação posterior, em razão da regra estabelecida no art. 303 do CPC.

Logo, com o Relator, deixo de conhecer da tese atrelada ao pretenso implemento da prescrição aquisitiva (exceção de usucapião).

II.II.b. Prescrição extintiva

Os apelantes reavivaram, ainda, a prejudicial de mérito referente à prescrição extintiva. Sob o fundamento de que a presente ação é baseada em direito real e, por isso, já teria transcorrido o prazo prescricional de 10 anos, *ex vi* do art. 177 do CC/16, quando do ajuizamento da ação, pleitearam a extinção do processo com julgamento do mérito, em razão da prescrição da pretensão.

O i. Relator nada dispôs sobre esta preliminar, pelo que, com sua devida vênia, hei por bem suprimir referida omissão, até mesmo para evitar oposição de eventuais embargos declaratórios.

Nesta trilha, tenho que a tese de prescrição extintiva deve ser rechaçada.

Ora, se o pedido dos requerentes, nas diversas ações ora sob julgamento simultâneo, é de reconhecimento do melhor domínio sobre os imóveis rurais, que adquiriram por contrato oneroso, certo é que a pretensão se renova dia a dia, enquanto perdurar a perspectiva amplamente retratada nos autos, da existência de suposta bifurcação quanto à titularidade dos bens (duas cadeias dominiais a respeito do bem, uma anterior não registrada e outra posterior levada a registro).

5 Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

6 Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial.

Como bem pondera a Corte de Estrito Direito, "*O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da actio nata*" (AgRg no REsp 1351732/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013).

Partindo-se do pressuposto de que as consequências deletérias da existência de dupla cadeia dominial dos imóveis se renovam todos os dias, impõe-se afastar a alegação de prescrição extintiva.

Superadas as matérias preliminares e prejudiciais ao conhecimento do mérito, passo a analisar a matéria de fundo.

II.III. Mérito

Como acima explanado, os requerentes ajuizaram as ações ora sob julgamento simultâneo, objetivando, basicamente, ser-lhes reconhecido o direito de usarem, gozarem e disporem das Fazendas Progresso (Matrícula 8.659, CRI de Ribas do Rio Pardo), Fazenda Reserva (Matrícula 1934, CRI de Ribas do Rio Pardo), Fazenda Eldorado (Matrícula 228, registros 1 e 2, CRI de Ribas do Rio Pardo) e Fazenda Santa Maria do Rio Pardo (Matrícula 1765, registro 5, CRI de Ribas do Rio Pardo), com base no título de propriedade.

Pretendem submeter a julgo todo e qualquer direito que o requerido Espólio de Isaac Melem detém sobre os referidos imóveis.

Justificam a pretensão no fato de terem legitimamente adquirido, por contrato oneroso, a terra nua do imóvel, conforme evidenciado na matrícula do imóvel.

Processada a demanda, o julgador de primeiro grau, com base no histórico de ações e incidentes já intentados pelas partes contrapostas, e lastreado no fato de que, ao contrário dos requerentes, o requerido não detém título de propriedade registrado na matrícula do imóvel, acolheu o pedido inicial para "*manter o autor na posse da área de terras em questão*".

Em suma, o acolhimento da pretensão baseou-se nos seguintes fundamentos:

> *"Assim, posto em confronto, pela primeira vez, ambos os direitos possessórios, tanto dos autores quanto do réu, julgo que os autores tem o melhor direito, conforme a motivação acima apresentada, com destaque para os fatos de que são proprietários e possuidores de boa-fé da área, que não fizeram parte da relação processual que reconheceu o direito de posse do réu, e que cumpriram com sua função social construindo vultosas benfeitorias na área."*

Inconformado, Espólio de Isaac Melem aviou as apelações encartadas em todos, objetivando reformar a sentença singular.

Para a defesa de sua tese, aduziu que a verdade dos fatos lhe favorece, na medida em que adquiriu a Fazenda Reserva (matriculada originariamente sob o nº 8.566 do CRI de Campo Grande), por meio de uma cadeia de procurações em causa própria deflagrada por Maria Luiza de Morais, até lhe ser escriturada tal propriedade por ato de Carlos Padovan, em 16.04.1958, ou seja, em data anterior às alienações realizadas pelos herdeiros da Sra. Maria Luiza de Morais, que, pela segunda vez, venderam integralmente a Fazenda Reserva, entre Novembro/79 a Agosto/82, a Yuke Abe e este, por sua vez, alienou a terceiros, como os apelados.

Após esclarecer que seus funcionários (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luiza de Souza), colocados na Fazenda Reserva para dela cuidar após a aquisição em 16.04.1958, arquitetaram uma fraude

(acordo de entrega da Fazenda por preço certo, no seio da ação de usucapião nº 1.081/74, ajuizada por Joaquim em face dos herdeiros de Maria Luiza, e no âmago da ação reivindicatória nº 028/79 ajuizada por estes em face daquele; seguido de alienação das propriedades no inventário a Yuke Abe e terceiros), em conluio com Yuke Abe e com os herdeiros da Sra. Maria Luiza de Morais, possibilitando-se a segunda alienação da mesma propriedade, invocou o manto da coisa julgada proferida na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82, onde logrou uma tutela reintegratória em face de seus funcionários (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luiza de Souza), a qual atinge todos na cadeia sucessória, incluindo-se todos os apelados.

Assim, sustentando que não basta aos requerentes deterem um título de propriedade registrado na matrícula, visto que oriundo de fraude, visando grilagem de terras perpetrada pelos herdeiros de Maria Luiza, Yuke Abe e os demais adquirentes, e invocando seu direito de propriedade, porque possui título anterior hígido e escorreito, pugnou pela improcedência do pedido inicial, a fim de reconhecer seu melhor direito de posse com base no domínio.

Após ampla reflexão sobre a matéria posta, convenci-me de que a razão efetivamente se encontra com o recorrente, pelas inúmeras peculiaridades que passarei a demonstrar, pelo que, em relação ao mérito devolvido nos apelos, hei por bem divergir do e. Relator, com sua devida vênia.

Para demonstrar meu entendimento, hei por bem aclarar, inicialmente, sob qual perspectiva os imóveis se encontram registrados em nome dos requerentes.

II.III.a. Histórico dos imóveis e das demandas que envolvem as partes

II.III.a.1. Herança de Severo Teixeira de Moraes e partilha dos bens em favor da meeira e herdeiros

Consoante se dessume da certidão de f. 22 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, na partilha, homologada em 19.04.40, coube à meeira da herança, Sra. Maria Luiza de Moraes, 3360 hectares e 5000m² da Fazenda Ribeirão Grande, 1132 hectares da Fazenda Lagoa Feia, 1800 hectares da Fazenda Reserva, 2833 hectares da Fazenda Lageado, 1065 hectares da Fazenda Alecrim, 1738 hectares e 5000m² da Fazenda Capoeira, totalizando exatamente 11929 hectares.

A cada um dos cinco herdeiros (Nestor Félix Calixto; Januária Moraes Bitencourt; José Estácio de Moraes; Juvelina Teixeira de Moraes; Hilo Teixeira Moraes), coube 2385 hectares das Fazendas e mais 8000m² (sendo 672 hct e 1000m² da Ribeirão Grande; 226 htc e 4000m² da Lagoa Feia; 360 htc da Reserva; 566 htc e 6000m² da Lageado; 213 hct da Alecrim e 347 hct e 7000m² da Capoeira).

II.III.a.2. Sucessões dos fatos no tempo

Consoante se vislumbra do prudente exame dos documentos que instruem os autos, consta à f. 673, dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), certidão lavrada em Presidente Epitácio/SP, aclarando que Maria Luiza de Moraes compareceu pessoalmente ao Ofício Extrajudicial e outorgou procuração a José Estácio de Moraes, em 28.12.1940, no distrito de Xavantina, Comarca de Três Lagoas, Mato Grosso, concedendo-lhe amplos e gerais poderes para, entre outros atos, "*vender terras, assinar escrituras, fazer negócios, receber dinheiro*", cuja subscrição do mandato coube a Antônio Andrade Bittencourt, a rogo da outorgante, por não saber ler e nem escrever. Duas testemunhas presenciaram a lavratura da procuração.

Procuração em 28.12.1940		
Maria Luiza de Moraes	para	José Estácio de Moraes

À f. 676-677 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), consta a certidão lavrada igualmente em Presidente Epitácio/SP, certificando que, em 26.02.1941, mandante (Sra. Maria Luiza) e procurador (Sr. José Estácio) compareceram perante o tabelião, em Presidente Epitácio, comarca de Presidente Venceslau/SP, onde restou outorgada procuração em causa própria ao mandatário José da Fonseca Simões, a quem conferiu "*irrevogáveis, amplos gerais e ilimitados poderes para transferir a si ou a terceiros (...) a missão que coube a ela mandante no inventário das leis deixado pelo seu finado marido – Severo Teixeira de Morais e consistente em onze mil novecentos e vinte e nove (11.929), hectares de terras situados, na Freguesia, município e comarca de Campo Grande no Estado de Mato Grosso*", pelo valor de noventa e cinco contos, quatrocentos e trinta e dois mil reis (R$ 95.432$000).

Procuração em causa própria em 26.02.1941		
Maria Luiza de Moraes (representado por José Estácio de Moraes)	para	José da Fonseca Simões
Valor pago: noventa e cinco contos, quatrocentos e trinta e dois mil reis (R$ 95.432$000) por 11.929 hectares recebidos por meação de Severo		

Por sua vez, a Certidão de f. 679, dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), lavrada por Celeste Gonçalves do Cartório do 2º Ofício de Presidente Prudente/MS, esclarece que, em 28.02.1942, na cidade de Chavantina, Antônio Andrade Bittencourt e sua esposa Januária de Morais Bittencourt, outorgaram procuração em causa própria a José Fonseca Simões, a quem conferiu poderes amplos, gerais e ilimitados para assinar escritura para si ou terceiro das terras compradas, situadas no município de Campo Grande, no lugar denominado Lagiado, com 2385 hectares e 8000m², a partir de quando concedeu ao mandatário a posse e domínio das terras, pelo valor de sete contos de réis.

Procuração em causa própria em 28.02.1942		
Antônio Andrade Bittencourt e sua esposa Januária de Morais Bittencourt	para	José da Fonseca Simões
Valor pago: sete contos de réis por 2385 hectares e 8000m² (quota parte de Januária de Morais Bittencourt)		

Conforme documento de f. 689 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), referente ao Termo de Declarações no inventário de Maria Luiza de Moraes, consta que esta faleceu em 18.04.1942.

Falecimento da Sra. Maria Luiza de Moraes em 18.04.1942

A seu turno, a Procuração de f. 682-683 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), lavrada em 21.02.1958 por Iracema C. Noronha na Comarca de Presidente Venceslau, aclara que José da Fonseca Simões constituiu seu bastante procurador Carlos Padovan, outorgando-lhe poderes especiais para, em seu nome, aceitar, outorgar e assinar escritura definitiva em favor de Isaac Melem, ou a quem este indicar, de uma gleba de 14340 hectares de terras que compõem a Fazenda Reserva e outras.

Procuração em 21.02.1958		
José da Fonseca Simões	para	Carlos Padovan
Para escriturar 14340 hectares hectares para Isaac Melem (soma das terras recebidas por meação de Maria Luiza de Moraes e quota hereditária de Januária de Morais Bittencourt)		

Já a Escritura Pública de Compra e Venda f. 685 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), lavrada em 16.04.1958 por João Antônio Delavalle Pogetti, no 1º Cartório de Noras e Ofício de Presidente Prudente/SP, certifica que os outorgantes vendedores José da Fonseca Simões e sua mulher Brasilina Nogueira Simões, representados por Carlos Padovan, na condição de senhores e legítimos possuidores, conforme transcrição sob nº 8.566, dos imóveis de 9560 hectares e 4780 hectares, ambos compreendidos como Fazenda Reserva, compostas de terras das Fazendas Ribeirão Grande, Lagoa Feia, Reserva, Lageado, Alecrim e Capoeira, localizadas no município e comarca de Ribas do Rio Pardo, antigamente comarca de Campo Grande estão justos e contratados para vende-lo ao outorgado comprador Isaac Melem pelo valor de Cr$ 90.000,00 (noventa mil cruzeiros).

Escritura pública de Compra e Venda em 16.04.1958		
José da Fonseca Simões e sua mulher Brasilina Nogueira Simões (representados por Carlos Padovan)	para	Isaac Melem
Venda de 14340 hectares para Isaac Melem pelo valor de Cr$ 90.000,00 (noventa mil cruzeiros).		

Dessume-se dos autos que Joaquim Nogueira de Souza e sua esposa Agripina Luzia de Souza transferem-se, como empregados de Isaac Melem, para a área de 14340 hectares adquirida.

Isaac Melem	Transfere para a área	Joaquim Nogueira de Souza e sua esposa Agripina Luzia de Souza

Conforme documento de f. 701 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), referente ao Termo de Declarações no inventário de Januária de Moraes Bittencourt e Antônio de Andrade Bittencourt, consta que estes faleceram, respectivamente, em 25.09.1965 e 23.09.1973.

Falecimento de Januária de Moraes Bittencourt em 25.09.1965
Falecimento de Antônio de Andrade Bittencourt em 23.09.1973

Em 1974, Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza ajuizaram Ação de Usucapião em face do Espólio de Maria Luiza (autos nº 1.081/74), na 6ª Vara Cível de Campo Grande, objetivando o reconhecimento da prescrição aquisitiva da área de 11929.

Em 1974		
Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza	ajuizaram ação de usucapião nº 1.081/74 contra	herdeiros de Maria Luiza de Moraes

Em 13.06.1977, ultrapassados 12 anos da morte de Januária de Moraes Bittencourt e 4 anos do óbito de Antônio de Andrade Bittencourt, os herdeiros deflagram o inventário destes, arrolando como bens partilháveis a quota parte recebida por Januária, da herança deixada por Severo Teixeira de Morais (2385 hectares das Fazendas e mais 8000m²). É o que se dessume à f. 701-702 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados).

Em 13.06.1977
Herdeiros de Januária de Moraes Bittencourt e Antônio de Andrade Bittencourt (representados por Aparecida Luiza Moraes Bittencourt) ajuizaram ação de inventário nº 40/77 em Bataguassu/MS

Em 16.06.1977, traspassados quase 20 anos da compra da área de 14340 hectares por Isaac Melem, e aproximadamente 35 anos do óbito de Maria Luiza de Moraes, os herdeiros deflagram o inventário desta, arrolando como bens partilháveis a meação desta falecida (3360 hectares e 5000m² da Fazenda Ribeirão

Grande, 1132 hectares da Fazenda Lagoa Feia, 1800 hectares da Fazenda Reserva, 2833 hectares da Fazenda Lageado, 1065 hectares da Fazenda Alecrim, 1738 hectares e 5000m² da Fazenda Capoeira, totalizando exatamente 11929 hectares). É o que se dessume à f. 689-691 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados).

Em 16.06.1977
Herdeiros de Maria Luiza de Moraes (representados por Aparecida Luiza Moraes Bittencourt) ajuizaram ação de inventário nº 101/77 em Três Lagoas/MS

O espólio de Maria Luiza, representado pelos herdeiros, ajuizou, em 1979, Ação Reivindicatória nº 028/79 em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, que tramitou na 6º Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Em 1979		
Herdeiros de Maria Luiza de Moraes	ajuízam ação reivindicatória nº 028/79 contra	Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza

Nos autos do inventário dos bens deixados por Maria Luiza de Morais nº 101/77, Isaac Melem pleiteou o sobrestamento do feito, sob o fundamento de que os bens a serem inventariados teriam sido por si adquiridos, na cadeia de procurações em causa própria; o juízo singular, em decisão proferida em 08.05.1979, indeferiu o pedido, porque Isaac não constava do registro do domínio; no agravo de instrumento nº 148/80, oposto em face da decisão de primeiro grau, o Des. Gerval Bernardino de Souza negou provimento ao recurso de Isaac, em 28.04.1980, porque o bem estava registrado em nome de Maria Luiza.

Em 1979	
Isaac Melem	pede, de forma incidental nos autos do inventário, a exclusão dos 14340 hectares por si adquiridos através de procuração em causa própria
Em 1979	
Juízo singular	Indefere o pedido
Em 1980	
Des. Gerval Bernardino de Souza	Nega provimento ao recurso do terceiro interessado, mantendo o curso da ação de inventário.
A decisão incidental, negado o pedido de suspensão do inventário, transita em julgado.	

Conforme documento de f. 692-693 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), percebe-se que, no seio dos processos que tramitaram na 6ª Vara Cível de Campo Grande (feito nº 1.081/74 e nº 028/79), Espólio de Maria Luiza de Moraes e os alegados possuidores Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza firmaram acordo, isso em 30.10.1979, devolvendo a posse da terra aos sucessores da falecida Maria Luiza, pelo valor de Cr$ 3.000.000,00, renunciando a todo e qualquer direito sobre a área de 11.929 hectares.

Em 30.10.1979		
Espólio de Maria Luiza de Moraes	Firma acordo de entrega da área de 11.929 hectares, pelo valor de Cr$ 3.000.000,00, com	Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza

Espólio de Maria Luiza de Moraes, entre novembro/79 a agosto/82, alienou toda a Fazenda Reserva a terceiros (Yuke Abe; Yutaka Tsuboi; Geraldo Pontes; Aristides Bueno; Kanji Kawamura; etc...), que, por sua vez, venderam os imóveis a outras pessoas.

Dentre estas alienações, consta da contestação dos denunciados Manoel Santana de Souza e Lourdes Aparecida de Mota Souza (f. 48-52 dos autos nº 0550016-02.1999.8.12.0041) que o espólio de Maria Luiza de Moraes, a título de dação em pagamento pelo valor acordado (Cr$ 3.000.000,00), escriturou em nome de Sr. Manoel Santana de Souza, filho de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, a Fazenda Reserva com 750 ha, isto em 28.09.1979.

Em 28.09.1979		
Espólio de Maria Luiza de Moraes	em vez de pagar Cr$ 3.000.000,00 a Joaquim e Agripina, dá em pagamento a Fazenda Reserva (750 ha), escriturada pelo valor de Cr$ 450.000 em nome de	Manoel Santana de Souza, Filho de Joaquim

Em 05.10.1979 (f. 16 dos autos nº 0550016-02.1999.8.12.0041), Manoel Santana de Souza registra em seu nome a escritura de compra e venda firmada com espólio de Maria Luiza de Moraes. Em 28.11.1979 (f. 16-verso dos autos nº 0550016-02.1999.8.12.0041), Germano Zampieri Neto, Alfredo Zampieri Filho e Claudionor Aparecido Zampieri registram em seus nomes a escritura pública de compra e venda lavrada um dia antes, em 27.11.1979, cuja Fazenda Reserva passou a se chamar Fazenda Santa Maria do Pardo.

Em 25.05.1979 (f. 708-711 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041) e 30.04.1980 (f. 697-700 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), os herdeiros de Maria Luiza de Moraes, de Januária de Moraes Bittencourt e de Antônio de Andrade Bittencourt (representados pela inventariante Aparecida Luiza Moraes Bittencourt) cedem os direitos hereditários constantes da Ação de Inventário nº 101/77 em Três Lagoas/MS e Ação de Inventário nº 40/77 em Bataguassu/MS a Yuke Abe. Referidas cessões se perfectibilizam quando da expedição e registro das cartas de adjudicação de f. 695-696 e f. 704-707 (autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041).

Em 25.05.1979 e 30.04.1980		
Herdeiros de Maria Luiza de Moraes, de Januária de Moraes Bittencourt e de Antônio de Andrade Bittencourt	cedem direitos hereditários a	Yuke Abe

Em 19.06.1979 (f. 20 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), restou registrada em nome de Yuke Abe a Carta de Adjudicação expedida em 08.06.1979, nos autos nº 40/77, pelo que se concretizou a transferência para ele da quota parte que cabia a Januária de Moraes Bittencourt, advinda da herança deixada por Severo Teixeira de Morais (2385 hectares das Fazendas e mais 8000m²). Em 23.10.1980 (f. 20-verso dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), Yuke Abe pede a averbação da fusão de parte da Fazenda Reserva aos 2385 hectares e mais 8000m² , encerrando 2.45,5368 ha, com nova denominação Fazenda Tupi. Em 24.10.1980 (f. 19 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), registra-se a escritura pública de compra e venda da área de 2.45,5368 ha em nome de Germano Zampieri Neto e sua esposa, Alfredo Zampieri Filho e Claudionor Aparecido Zampieri (atualmente denominada pelos requerentes como Fazenda Santa Maria do Rio Pardo).

Em 26.08.1982 (f. 17 dos autos nº 0550018-69.1999.8.12.0041), restou registrada a Fazenda Eldorado, com 2420,00 ha, em nome de Oswaldo Mituaki Ushiro e Edson Toshiyuki Ushiro a escritura pública de compra e venda firmada com Yuke Abe e lavrada no mesmo dia, em 26.08.1982.

Diante da recusa de Joaquim em cumprir um acordo de devolução das terras a Isaac Melem, este ajuizou Ação de Reintegração de Posse nº 045/82 em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, cuja sentença, proferida em 25/09/1987, reconheceu que os réus eram apenas detentores da posse e, por isso, concedeu a tutela possessória em favor de Isaac, mas ressalvou a possibilidade de discussão das consequências desta tutela em face de terceiros possuidores, quando do cumprimento da sentença da reintegração de posse; transitou em julgado.

Em 1982		
Isaac Melem	ajuizou Ação de Reintegração de Posse nº 045/82 contra	Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza
Em 1987		
Sentença julga procedente o pedido reintegratório, reconhecendo que Joaquim e Agripina eram apenas detentores da área (flâmula da posse).		

Em 03.10.83, no julgamento da apelação cível nº 240/83, de Relatoria do Des. Nélson Mendes Fontoura, foi negado provimento ao recurso de Isaac Melem manejado em face de espólio de Maria Luiza de Moraes, nos embargos de terceiro aviados no Inventário nº 101/77, mantendo a sentença que o julgou carecedor de embargos de terceiro, em razão da ilegitimidade ativa e da preclusão. Por deliberação do Colegiado, reconheceu-se que o Tribunal já havia reconhecido, em julgamento anterior, que Isaac não teria legitimidade para intentar embargos de terceiro, porque não teria comprovado a qualidade de senhor e possuidor, e nem possuidor, bem como porque o domínio da área seria do espólio de Maria Luiza de Moraes, porque assim evidenciava o registro imobiliário (f. 236-255 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041).

Em 1983
Mantém-se a sentença que não conheceu dos embargos de terceiro aviados por Isaac Melem no Inventário nº 101/77, por ilegitimidade ativa de Isaac.

Diante da procedência do pedido na ação de reintegração de posse nº 045/82 ajuizada por Isaac Melem em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, e da iminência da perda da posse por aqueles que sucederam o espólio de Maria Luiza de Moraes, os possuidores ajuizaram os seguintes embargos de terceiro:

a) Embargos de Terceiro nº 0550021-73.1989.8.12.0041 – nº 082/89 (Famílias Zampieri, Ushiro, Oshiro, Yabuta, Kawamura e Yagyu X Isaac Melem), no seio da Ação de Reintegração nº 045/82, distribuído em 07.07.1989, foi extinto sem julgamento do mérito, em 25.07.1996, em razão da ilegitimidade ativa dos pretensos "terceiros", que adquiriram os imóveis a despeito de estar pendente de julgamento litígio possessório. Apesar de mantida a sentença quando do julgamento da apelação nº 0000008-93.1990.8.12.0041 (1000.051927-5), em 14.10.1998, houve ressalva, entretanto, no julgamento dos embargos de declaração em apelação nº 51.927-5/01, da Relatoria de Nelson Mendes Fontoura, em 02.12.1998, da possibilidade de discutir, em processo autônomo, a posse decorrente do domínio. Transitou em julgado, quando o Ministro Relator no Ag nº 281316 / MS, negou seguimento ao recurso que visava destrancar na origem o Recurso Especial;

b) Embargos de terceiro nº 0550008-74.1989.8.12.0041 – nº 081/89 (Tadeu José Silvestre e Aimara Ribas Silvestre X Isaac Melem), no seio da Ação de Reintegração nº 045/82, distribuído em 07.06.1989, foi extinto sem julgamento do mérito, em 25.07.1996, em razão da ilegitimidade ativa dos pretensos "terceiros", que adquiriram os imóveis a despeito de estar pendente de julgamento litígio possessório. Na apelação nº 0000008-93.1990.8.12.0041 (1000.053764-6), julgada em 14.10.1998, o recurso não foi conhecido em razão da deserção. Opostos dois embargos de declaração, que foram rejeitados, Tadeu José Silvestre e sua esposa opuseram recurso especial e recurso extraordinário. No REsp nº 268701, o Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso de Tadeu José Silvestre e esposa e deu-lhe provimento, cujo Acórdão restou assim ementado:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSAÇÃO.

O Superior Tribunal de Justiça só não pode revisar, em recurso especial, a interpretação restritiva da transação; pode e deve fazê-lo quando a interpretação for

extensiva, sob pena de excluir do seu controle a aplicação do artigo 1.027, 1ª parte, do Código Civil, que é norma legal tão obrigatória quanto todas as outras do nosso ordenamento jurídico. Recurso especial conhecido e provido."

Referida decisão transitou em julgado, após ter sido negado provimento aos EDcl no REsp 268701, negado seguimento ao RE no REsp 268701, e negado seguimento ao AI 518808 no âmbito STF.

Os sucessores de Maria Luiza de Moraes no registro das propriedades rurais (Zampieri, Ushiro, Oshiro, Yabuta e Kawamura) ajuizaram Ação Rescisória nº 0018515-65.1989.8.12.0000 - nº 1000.018515-1 – nº 114/89 em face do Espólio Isaac Melem, distribuída em 03.10.1989, cujo Acórdão deste Tribunal, de Relatoria de Nelson Mendes Fontoura, lavrado em 21/12/1990, julgou improcedente o pedido de desconstituição da sentença proferida na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82, porque não teria havido coisa julgada material em relação à discussão do domínio. No STJ, o Recurso Especial nº 20.754/MS não foi conhecido.

Pelos detentores da posse dos imóveis rurais, inúmeros Embargos de Retenção por Benfeitorias foram opostos em face de Isaac Melem, a saber:

1) Embargos de retenção por benfeitoria nº 0550006-55.1999.8.12.0041 - 041.99.550006-2 (Espólio de Yuke Abe, Yutaka Tsuboi e sua mulher Hatsue Tsuboi X Espólio de Isaac Melem), referente a 3.6677 hectares e 968 hectares da Fazenda Reserva e ajuizados em 28.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau, na data de 17.03.2009, foi procedente condenando Espólio de Isaac a pagar aos embargantes as benfeitorias a título de indenização, no valor de 2.368.422,70. Em segundo grau, no julgamento da apelação nº 2009.031866-7, publicado em 16.01.2012, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, pelo acolhimento de preliminar[7]. Todavia, no julgamento dos embargos de declaração nº 2009.031866-7/0001-00, Acórdão publicado em 23.03.2012, fora concedido efeitos infringentes para afastar a dita preliminar e admitir o julgamento do mérito[8]. Nos Embargos dos Embargos da Apelação nº 2009.031866-7/0001-01, opostos por Isaac, o pedido não foi provido em 22.05.2012. Interposto o Recurso Especial por Isaac e aberta a instância especial, o Ministro Relator negou seguimento ao recurso, entretanto, houve oposição de embargos de declaração, os quais se encontram pendentes de julgamento. Por isso, o processo em primeiro grau está suspenso, aguardando julgamento de recurso no STJ;

2) Embargos de retenção por benfeitoria nº 0550051-59.1999.8.12.0041 (Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau, na data de 23.02.2007, julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da Apelação Cível nº 0000018-40.1990.8.12.0041 (2007.012575-0), por maioria, cujo relator designado foi o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, a sentença foi reformada, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, corrigido pelo INPC a partir de sua apresentação, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foi suprimida uma omissão nos embargos de declaração em apelação nº 2007.012575-0/0002, sem efeitos infringentes. No julgamento dos embargos infringentes em embargos de declaração em apelação nº 2007.012575-0/0002-01, o voto que reconheceu o direito à indenização das benfeitorias restou mantido. Rejeitados os embargos de declaração em embargos infringentes em embargos de declaração em apelação nº 2007.012575-0/0002-02, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial nº 1187977/MS, que

7 Constou do acórdão: *"Aquele que adquire bem litigioso e deixa de ingressar em juízo na condição de sucessor processual ou assistente litisconsorcial, a fim de postular direito à indenização e retenção por benfeitorias realizadas em bem imóvel, deve suportar os efeitos da sentença proferida na ação possessória, bem como os efeitos da preclusão - inteligência do art. 42 do Código de Processo Civil"*.

8 Constou do Acórdão: *"Constatada omissão e contradição no acórdão embargado acerca de fatos constantes nos autos que não foram analisados com conclusões divergentes, justifica-se a excepcional atribuição de efeito infringente aos embargos declaratórios, a fim de corrigir os vícios detectados, com a reversão do resultado, afastando-se a preliminar que havia sido acolhida, autorizando-se o julgamento do mérito recursal."*

foi desprovido monocraticamente no STJ e, apesar disso, encontra-se pendente de julgamento o AgRg no REsp 1187977.

3) Embargos de retenção por benfeitoria nº 0550050-74.1999.8.12.0041 (Kanji Kawamura X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau, na data de 26.02.2007, julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da apelação cível nº 0000018-40.1990.8.12.0041 (2007.012586-0), por maioria, cujo relator designado foi o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, a sentença foi reformada, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, corrigido pelo INPC a partir de sua apresentação, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foi suprimida uma omissão nos embargos de declaração em apelação nº 2007.012586-0/0001-01, sem efeitos infringentes. No julgamento dos embargos infringentes em embargos de declaração em apelação nº 2007.012586-0/0001-02, o voto que reconheceu o direito à indenização das benfeitorias restou mantido. Rejeitados os embargos de declaração em embargos infringentes em embargos de declaração em apelação nº 2007.012586-0/0001-03, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial nº 1190099, que se encontra pendente de julgamento.

4) Embargos de retenção por benfeitoria nº 0550049-89.1999.8.12.0041 (Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da apelação cível nº 0000019-25.1990.8.12.0041 (2007.012723-5), por maioria, cujo Relator Designado foi o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, a sentença foi reformada, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, corrigido pelo INPC a partir de sua apresentação, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foi suprimida uma omissão nos embargos de declaração em apelação nº 2007.012723-5/0002-00, sem efeitos infringentes. No julgamento dos embargos infringentes em embargos de declaração em apelação nº 2007.012723-5/0002-01, o voto que reconheceu o direito à indenização das benfeitorias restou mantido. Rejeitados os embargos de declaração em embargos infringentes em embargos de declaração em apelação nº 2007.012586-0/0002-02, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial nº 1187245, que se encontra pendente de julgamento.

5) Embargos de retenção por benfeitoria nº 0550014-32.1999.8.12.0041 (Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da apelação cível nº 0550014-32.1999.8.12.0041 (2009.009248-8), cujo relator foi o Des. Rubens Bergonzi Bossay, a sentença foi reformada por unanimidade, pelo que o espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, devidamente corrigido, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foram rejeitados os embargos de declaração em apelação nº 2009.009248-8/0001-00. Diante deste deslinde, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial, que teve seu seguimento negado pela Vice-Presidência. Em vista disso, Espólio de Isaac Melem interpôs agravo de instrumento ao STJ (Ag nº 1308850/MS), que foi desprovido monocraticamente pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Na sequência, não foram providos os recursos de Espólio de Isaac Melem (AgRg no Ag 1308850 e EDcl no AgRg no Ag 1308850/MS), pelo que o *decisum* transitou em julgado.

Os detentores da posse, além dos inúmeros embargos de retenção por benfeitorias, ajuizaram no mesmo ano de 1999, também em face de Isaac Melem, as ações ora em julgamento, a saber:

I) Ação petitória nº 0550016-02.1999.8.12.0041 (Germano Zampieri Neto, Ruth de Freitas Zampieri, Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 16.06.1999, cuja

sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "*procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão*". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora *sub judice*.

II) Ação petitória nº 0550015-17.1999.8.12.0041 (Espólio de Kanji Kawamura X Isaac Melem), ajuizados em 15.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "*procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão*". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora *sub judice*.

III) Ação petitória nº 0550018-69.1999.8.12.0041 (Edson Toshiyuki Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro, Marina Mitsuko Tateoka Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro X Isaac Melem), ajuizados em 15.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "*procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão*". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora *sub judice*.

IV) Ação petitória nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 15.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "*procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão*". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora *sub judice*.

Consta, ainda, que Espólio de Isaac Melem deflagrou a Execução nº 0550079-27.1999.8.12.0041 (Espólio de Isaac Melem X Edson Toshiyuki Ushiro, Lucia Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro, Marina Mitsuko Tateoka Ushiro, Claudionor Aparecido Zampieri, Doraci Garcia Zampieri, Germano Zampieri Neto, Ruth de Freitas Zampieri, Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Norimoto Yabuta, Machico Yabuta, Hiroshi Yabuta, Izaura Tieko I. Yabuta, Osamu Yabuta, Margarida Hatko T. Yabuta, Kanji Kawamura e Erminia Motoko F. Kawamura), em 20.05.1999, onde visa o cumprimento da tutela reintegratória concedida em seu favor, cujo processo encontra-se em andamento. O Juízo singular, em sua última decisão, lastrado nas sentenças proferidas na presentes ações petitórias supramencionadas, manteve "*a proibição de alteração da área da qual o exequente obteve a posse, bem como nego o pedido de imissão na posse de outra propriedade*".

Tecido este longo histórico dos fatos, passo a dirimir a controvérsia propriamente dita.

II.III.b. Irrelevância dos precedentes citados pelas partes para o julgamento da melhor posse com base no domínio

Antes do exame da matéria de fundo, afigura-se importante ressaltar que inexiste, no seio dos inúmeros processos enumerados neste voto, de onde figuraram os mesmos litigantes, coisa julgada material em relação ao direito de posse com base no domínio, feição esta nítida nas ações petitórias (como as presentes), nada obstante seja incontroverso que, tanto para o apelante quanto para os apelados, o Estado-Juiz já se referiu à qualidade dos títulos como razões de decidir.

Não foi por outra razão, a propósito, que o Des. Nelson Mendes Fontoura, no julgamento dos embargos de declaração em apelação cível nº 51.927-5/01 (f. 24-27 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041) fez questão de asseverar que "*o que os embargantes querem é que o Poder Judiciário se pronuncie acerca*

do direito autônomo que eles têm sobre o imóvel constritato, em razão da propriedade, isto é, a posse decorrente do domínio, fato este que não pode ser discutido em lide que versa sobre embargos de terceiro, mas sim em processo apropriado para tais questões" (f. 27 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041).

De fato, referia-se o desembargador à possibilidade de ajuizamento de ação ordinária, de natureza petitória, possibilitando-se o resguardo do *jus possidendi*, isto é, direito à posse decorrente do direito à propriedade.

Foi sob tal perspectiva que os requerentes das ações sob julgamento simultâneo ajuizaram as presentes demandas petitórias, objetivando afastar qualquer possibilidade de Isaac Melem esbulhar seu direito de posse, com base na propriedade *jus possidendi*.

As decisões proferidas incidentalmente no âmbito da ação de inventário, no seio dos embargos de terceiro ou embargos de retenção por benfeitorias, acerca da qualidade do domínio, nada obstante tenham o condão de fazer precluir a discussão endoprocessual, não inviabiliza posterior discussão na via ordinária, visto que o *jus possidendi*, em tais casos, acaba sendo invocado como causa de pedir e, nesta trilha, eventual decisão judicial não faz coisa julgada material.

Como bem aclara a Corte de Estrito Direito "*É o pedido que fixa o âmbito de conhecimento e o objeto do litígio, determinando, assim, os limites objetivos da sentença e, por consequência, da coisa julgada.*" (REsp 1352451/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015).

Ora, se é o pedido que delimita o âmbito da coisa julgada material, o requerimento incidental realizado por Isaac Melem na ação de inventário da Sra. Maria Luiza de Moraes, de suspensão do andamento do feito (porque os bens listados lhe pertenciam), somente poderia constituir eventual óbice a um novo pedido de suspensão do processo, mas jamais inviabilizar a discussão acerca do domínio.

É bem por isso que o *decisum* singular, proferido incidentalmente nos autos do inventário dos bens deixados por Maria Luiza de Morais nº 101/77, e o Acórdão proferido no agravo de instrumento nº 148/80,de relatoria do Des. Gerval Bernardino de Souza, ainda que tenha se referido à qualidade da posse e do domínio dos bens, não faz coisa julgada material e nem inviabiliza o julgamento das presentes ações petitórias, lastreadas na posse decorrente do direito de propriedade (*jus possidendi*).

No mesmo sentido, eventual tutela possessória concedida nos Embargos de Terceiro aviados pelos ora recorrentes no âmbito da Ação de Reintegração nº 045/82, caso tivessem traspassado a análise das condições da ação (o que não ocorreu, frise-se, já que o conhecimento das pretensões fora obstaculizado ainda quando da análise da legitimidade ativa *ad causam*), jamais inviabilizaria a discussão da posse com base no domínio *jus possidendi*, porquanto referido instrumento (os embargos de terceiro) é subserviente à defesa exclusiva da posse, sem qualquer implicação no reconhecimento da propriedade.

É bem por isso que o sucesso de Tadeu José Silvestre e sua esposa, no julgamento do REsp nº 268701, onde logrou o acolhimento da tutela possessória junto ao Superior Tribunal de Justiça, quando este conheceu do Recurso Especial e deu-lhe provimento, para "*julgar procedentes os embargos de terceiro*", não inviabiliza o julgamento das ações ora em exame, já que distintos os pedidos.

Feito este esclarecimento prévio, considerando-se a possibilidade de livre deliberação acerca do direito de posse decorrente do direito de propriedade *jus possidendi*, impõe-se passar ao julgamento do objeto da lide, qual seja, estabelecer quem detém melhor direito com base no domínio.

II.III.c. Melhor domínio dos bens e resguardo legal dos direitos possessórios a ele inerentes

O exame detalhado do litígio, que transcende décadas e merece desfecho definitivo, faz transparecer que os bens deixados por Severo Teixeira de Morais, que coube à meeira Sra. Maria Luiza de Moraes, totalizando exatamente 11.929 hectares (compreendida por 3360 hectares e 5000m² da Fazenda Ribeirão Grande, 1132 hectares da Fazenda Lagoa Feia, 1800 hectares da Fazenda Reserva, 2833 hectares da Fazenda Lageado, 1065 hectares da Fazenda Alecrim, 1738 hectares e 5000m² da Fazenda Capoeira), assim como a quota parte destinada à herdeira Januária Moraes Bitencourt, compreendida pelo total de 2385 hectares das Fazendas e mais 8000m² (sendo 672 hct e 1000m² da Ribeirão Grande; 226 htc e 4000m² da Lagoa Feia; 360 htc da Reserva; 566 htc e 6000m² da Lageado; 213 hct da Alecrim e 347 hct e 7000m² da Capoeira) foram vendidos à Isaac Melem, em 1958, por meio de uma cadeia de procurações em causa própria.

As avenças foram concretizadas pelos próprios detentores do domínio, vale dizer, Sra. Maria Luiza de Moraes e Januária Moraes Bitencourt, cuja posse dos imóveis rurais fora imediatamente transferida àqueles que constavam como outorgados nas procurações em causa própria.

É de se concluir, extreme de dúvidas, que os 14.340 hectares de terras adquiridos por José da Fonseca Simões por meio de procuração em causa própria e, posteriormente, transferidos a título oneroso a Isaac Melem, não mais constavam dentre o acervo patrimonial dos autores das heranças (Sra. Maria Luiza de Moraes, Januária de Moraes Bittencourt e Antônio de Andrade Bittencourt) quando, em junho de 1977, os herdeiros deflagraram as ações de inventário nº 40/77, em Bataguassu/MS, e nº 101/77, em Três Lagoas/MS, relacionando referidos imóveis como bens partilháveis.

Ora, diferentemente do mandato ordinário, as procurações em causa própria possuem peculiaridades, que merecem realce no julgamento dos litígios ora em análise, porquanto permitem definir o verdadeiro alcance do direito dominial invocado pelas partes.

Acerca do instituto, Haendchen e Letteriello ensinam:

> *"A procuração, a princípio, é apenas um instrumento do mandato pelo qual alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (art. 653,CC).*
>
> *Contudo, o art. 685 do Código Civil estabelece que 'conferindo o mandato com cláusula 'em causa própria', a sum revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais', o que significa dizer que, nesta situação, excepcionalmente, admite-se a posse de bens a justo título pelo mandatário.*
>
> *O artigo referido não encontrava dispositivo correspondente no Código Civil de 1916.*
>
> *Contudo, mesmo antes da vigência do novo Código Civil, a jurisprudência já admitia que caracterizava justa a posse exercida com base em procuração em causa própria ou mesmo pelo substabelecimento do mandato. (...)*
>
> *De modo que, ajuizada a ação reivindicatória contra o possuidor que detém o bem da vida na qualidade de mandatário em causa própria, há que se admitir como justa a posse, obstando a pretensão deduzida em juízo."*[9]

9 HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmolo. Ação reivindicatória: teoria e prática. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 231-232.

Pelo que se percebe das lições colacionadas, a reclamação do bem por aquele que se diz proprietário, cujo nome eventualmente esteja registrado na matrícula do imóvel, encontra óbice quando a pessoa demandada possui uma procuração em causa própria, exatamente porque referido negócio jurídico representa, no ordenamento jurídico pátrio, verdadeira transferência da propriedade sem possibilidade de posterior revogação.

Sobre este aspecto, não se pode olvidar da doutrina de Sílvio de Salvo Venosa, para quem:

> *"De qualquer modo, a procuratio in rem suam destina-se a servir como meio auxiliar de transmissão da propriedade ou de outros direitos. (...) A irrevogabilidade da procuração em causa própria justifica-se pelo fato de ser ato jurídico que implica em transferência de direitos. Não devemos divisar na hipótese uma exceção à regra geral que permite revogar o mandato. Tanto é assim que esse* **mandato mantém eficácia plena mesmo após a morte do mandante**. *Percebemos, portanto, que apenas aparentemente o negócio surge como mandato.* **Seus princípios devem ser examinados mais profundamente à luz dos contratos de transferência de direitos em geral e não sob o prisma do mandato.** *(...) Como acentuamos,* **a procuração em causa própria traduz um contrato definitivo ainda que preliminar, no qual as duas vontades se unem em um único instrumento, possibilitando-se a consecução definitiva do negócio.***"*[10] Grifei

Partindo-se do pressuposto de que a procuração em causa própria, outorgada com o intuito de transferir a propriedade, não poderia ser revogada nem mesmo por quem outorgou o mandato, afigura-se iniludível que os sucessores das mandantes não poderiam ignorar as vendas dos imóveis, realizada por Maria Luiza de Moraes, em 26.02.1941, e por Antônio Andrade Bittencourt e sua esposa Januária de Morais Bittencourt, em 28.02.1942, para, uma vez mais, aliená-los e distribuírem o produto da negociação.

A sucessão dos fatos, em verdade, faz transparecer que os herdeiros de Maria Luiza, de Januária e de Antônio, em conluio com os empregados de Isaac Melem (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza) valeram-se de processos com intuito manifestamente ilegal, visando "legalizar" um segunda venda dos imóveis, embora cientes de que tais propriedades já não mais pertenciam aos autores das heranças.

É que em 1974, Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, embora detivessem a área em nome de Isaac Melem por serem seus empregados, cientes de que havia legislação na época que proibia referido estrangeiro de registrar em seu nome os 14.340 hectares, ajuizaram Ação de Usucapião em face do Espólio de Maria Luiza (autos nº 1.081/74), na 6ª Vara Cível de Campo Grande. Tempos depois, o espólio de Maria Luiza, representado pelos herdeiros, ajuizou, em 1979, Ação Reivindicatória nº 028/79 em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, que tramitou na mesma 6º Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Paralelamente, os herdeiros (representados por Aparecida Luiza Moraes Bittencourt) ajuizaram ação de inventário nº 40/77, dos falecidos Januária de Moraes Bittencourt e Antônio de Andrade Bittencourt, isto em Bataguassu/MS, bem como ajuizaram ação de inventário nº 101/77, da falecida Maria Luiza de Moraes, em Três Lagoas/MS.

Para "legalizar" esta segunda venda, no seio dos processos que tramitaram na 6ª Vara Cível de Campo Grande (feito nº 1.081/74 e nº 028/79), o Espólio de Maria Luiza de Moraes e os alegados possuidores Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza firmaram acordo, isso em 30.10.1979, devolvendo a posse da terra aos sucessores da falecida Maria Luiza, pelo valor de Cr$ 3.000.000,00, renunciando a todo e qualquer direito sobre a área de 11.929 hectares.

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 655-656.

Ocorre, como visto, que nenhum direito Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza detinham sobre as terras, pelo que não poderiam ter disposto de bem alheio, não fosse para, em flagrante má-fé, obter benefício financeiro que se perpetuasse no tempo.

Foi o que ocorreu, já que antes mesmo de firmarem o acordo em juízo, o espólio de Maria Luiza de Moraes, a título de dação em pagamento pelo valor acordado (Cr$ 3.000.000,00), escriturou em nome de Sr. Manoel Santana de Souza, filho de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, a Fazenda Reserva com 750 ha, em 28.09.1979.

Ora, um mês antes de subscreverem o acordo, o espólio de Maria Luiza, representada por uma de suas herdeiras, já havia firmado, em flagrante simulação, escritura pública de compra e venda com os empregados de Isaac Melem, para recuperar a posse de 14.340 hectares vendidos há muito por meio de procurações em causa própria (1941 e 1942), em troca de 750 hectares, terra esta registrada em nome dos filhos dos meros detentores (ver acordo de f. 692-693 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 e registro R.01/1934 da Matrícula nº 1934, à f. 16 dos autos nº 0550016-02.1999.8.12.0041).

No mesmo sentido, cinco meses antes da realização do acordo extrajudicial entre espólio de Maria Luiza e Joaquim, isto é, em 25.05.1979 (f. 708-711 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041) os herdeiros cederam a parte da herança que cabia a Januária de Moraes Bittencourt a Yuke Abe.

Após alguns meses, em 30.04.1980 (f. 697-700 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), a parcela restante das terras recebidas a título de meação por Maria Luiza de Moraes fora cedida a Yuke Abe, que tão logo repassou a terceiros, dentre eles os apelados.

Não remanescem dúvidas, na minha concepção, de que toda esta concatenação de negócios jurídicos processuais e materiais realizados pelos herdeiros de Maria Luiza, Januária e Antônio de Andrade, com Joaquim Nogueira de Souza, Agripina Luzia de Souza e Yuke Abe fora realizada exatamente para expropriar bens que, a despeito de não mais estarem na órbita do patrimônio do *de cujus*, era sabidamente de propriedade do Isaac Melem.

Para fins de reconhecimento do melhor direito à posse com base no domínio, em respeito à boa-fé que deve circundar os atos sociais, não se afigura importante verificar se Isaac Melem tem ou não registrado seu título (cadeia de procurações em causa própria encerrada na lavratura da escritura de compra e venda em seu favor) na matrícula dos imóveis, porquanto a análise do direito, na espécie, deve transcender mera verificação das formalidades na aquisição da propriedade, a fim de evitar que o ilícito perpetrado pelos herdeiros Maria Luiza, Januária e Antônio de Andrade, por meio da venda de um bem que não mais pertencia aos *de cujus*, se perpetue, inclusive com respaldo do judiciário.

Até porque, na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82, ajuizada em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, a sentença, proferida em 25/09/1987, reconheceu que os réus eram apenas detentores da área e, por isso, concedeu a tutela possessória em favor de Isaac Melem.

Se assim o é, evidentemente que o caráter precário da detenção exercida por Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza (exercida em nome de Isaac Melem) foi com esta característica transferida para o espólio de Maria Luiza de Moraes, já que o art. 492 do CC/1916 estabelece expressamente que: "*Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter, com que foi adquirida*".

Sobre tal dispositivo, Venosa é categórico:

> *"Nos termos desta dicção, uma posse de origem violenta mantém o vício. Ou seja, a posse originalmente violenta não deixa de sê-lo pelo simples fato de existir um continuador ou um sucessor na posse. Não importa qual seja a natureza dessa sucessão.*

> *Do mesmo modo, é mantida a posse de boa ou de má-fé, direta ou indireta, a título de propriedade ou de outro Direito Real. Daí a máxima de origem romana segundo a qual ninguém, por si só, pode mudar a causa ou o título de sua posse (nem si ipsi causam possessionis mutare potest).*
>
> *A simples mudança de vontade é incapaz de mudar a natureza da posse. O possuidor precário sempre o será, salvo expressa concordância do possuidor pleno. Por isso, é admitida prova em contrário. O locatário somente poderá possuir como proprietário se adquirir a coisa do senhorio. A isso parte da doutrina denomina de interversão do título* (BESSONE, 1988, p. 271). *(...)*
>
> *O sucessor a título universal não pode alterar a natureza de sua posse. Se o autor da herança transmite ao herdeiro posse injusta, esta continuará necessariamente com o vício."*[11]

Aplicando-se referido entendimento ao litígio *sub judice*, é evidente que o caráter de mera detenção dos imóveis, exercido por Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, fora com tal característica repassado ao espólio de Maria Luiza quando da subscrição do acordo, em 30.10.1979, no seio dos processos que tramitaram na 6ª Vara Cível de Campo Grande (feito nº 1.081/74 e nº 028/79).

Igual caráter se manteve em todas as transferências de posse realizadas de forma sucessiva até os imóveis serem entregues aos requerentes das presentes ações petitórias.

Se os requerentes receberam os bens na qualidade de meros detentores da posse exercida em nome de Isaac Melem, porque era o proprietário dos imóveis adquiridos por meio de uma cadeia de procurações em causa própria, não podem eles insurgirem-se contra o direito do possuidor legítimo, que busca reaver esta qualidade nos autos da Execução nº 0550079-27.1999.8.12.0041, ainda que tenham logrado, por consequência de atos espúrios dos herdeiros de Maria Luiza, registrar os imóveis em seus nomes.

Importante ressaltar, a propósito disso, que o reconhecimento da boa-fé dos atuais ocupantes das terras, para fins de retenção da área até a indenização das benfeitorias edificadas, conforme declarado no julgamento dos Embargos de Retenção por Benfeitorias nº 0550006-55.1999.8.12.0041, nº 0550051-59.1999.8.12.0041, nº 0550050-74.1999.8.12.0041, nº 0550049-89.1999.8.12.0041 e nº 0550014-32.1999.8.12.0041 (ainda não transitado em julgado), não tem o condão de transmutar a natureza da posse injusta para posse justa, a fim de autorizar o acolhimento do pedido inicial destas ações em julgamento.

Sobre a possibilidade de reconhecimento da posse de boa-fé, mas injusta, Haendchen e Letteriello asseveram:

> *"Sobre o reconhecimento da boa ou má-fé na avaliação do pedido de retenção por benfeitorias, registra-se que o conceito de posse injusta na ação reivindicatória é mais amplo, não se referindo apenas à posse derivada da clandestinidade, precariedade ou violência. Por isso que, como já nos referimos em linhas anteriores, o próprio possuidor de boa-fé pode exercer posse injusta, desde que seu título seja viciado. Já se disse, igualmente, que a boa-fé não elide a reivindicatória, interessando apenas a injustiça da posse. Se houver pedido de retenção, ao decidir a demanda, o juiz pode julgar procedente a reivindicatória, reconhecendo a posse injusta do réu, e deferir a ele a indenização pelas benfeitorias, uma vez demonstrada a posse de boa-fé."*[12]

Interpretação *a contrario sensu* deve ser realizada no caso vertente, para concluir que, nada obstante os requerentes tenham logrado o reconhecimento da boa-fé para fins de indenização das benfeitorias

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 1059-1060.

12 HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmolo. op. cit. p. 96.

edificadas nas propriedades rurais, isto não autoriza o acolhimento da tese de posse justa, a fim de acolher a pretensão negatória aviada nas presentes ações petitórias, exatamente porque os títulos dominiais registrados na matrícula dos imóveis encontram-se viciados desde a origem, conforme demonstrado em linhas atrás.

Logo, dar provimento ao recurso do espólio de Isaac Melem para reconhecer seu melhor direito de posse com base no domínio e inverter os ônus sucumbenciais é medida de rigor, ficando prejudicado o pedido subsidiário de redução dos honorários advocatícios.

Frise-se, apenas para não pecar pela omissão, que deve ser mantida a improcedência das denunciações, ainda que julgado improcedente o pedido inicial da ação petitória principal, porquanto os presentes litígios não se enquadram em qualquer das hipóteses do art. 70 do CPC, nem mesmo no inciso I[13], visto que referida causa autorizativa pressupõe que a demanda tenha sido intentada pelo terceiro (aqui, Isaac Melem), reivindicando a coisa, e não pelos próprios compradores, os quais visavam negar a qualidade daquele que se intitula proprietário e detentor do direito de posse.

III. Apelação de Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041

Como antes explanado, Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri igualmente interpuseram Apelação Cível (f. 792-800), pretendendo o reconhecimento de que apenas 70,5638 hectares estariam inseridos na problemática travada contra Isaac Melem, porquanto somente esta quantia de terras tem como antecessores dominiais Yuke Abe e espólio de Maria Luiza de Morais, sendo que os outros 2.385,00 hectares advêm de outra cadeia de sucessões, originária diretamente da partilha de Severo Teixeira de Moraes, homologada em 19.04.40. Além disso, pediu a majoração dos honorários de R$ 40.000,00 para 20% do valor da causa.

Em que pesem os argumentos, tenho que a pretensão principal, em relação ao reconhecimento de que apenas 70,5638 hectares estariam inseridos na problemática travada contra Isaac Melem, deve ser rechaçada, sendo que o pedido de majoração dos honorários deve ser julgado prejudicado, em razão a inversão do ônus da prova.

É que, como já salientado no julgamento da apelação de Isaac Melem, a Procuração de f. 682-683 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), lavrada em 21.02.1958 por Iracema C. Noronha na Comarca de Presidente Venceslau, aclara que José da Fonseca Simões constituiu seu bastante procurador Carlos Padovan, outorgando-lhe poderes especiais para, em seu nome, aceitar, outorgar e assinar escritura definitiva em favor de Isaac Melem, ou a quem este indicar, de uma gleba de 14340 hectares de terras que compõem a Fazenda Reserva e outras.

Vale dizer, Calos Padovan recebeu procuração para escriturar 14340 hectares hectares para Isaac Melem, que representa a soma das terras recebidas por meação de Maria Luiza de Moraes e pela quota hereditária de Januária de Morais Bittencourt.

Com base nisto, por meio da Escritura Pública de Compra e Venda de f. 685 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (documento reproduzido em todos os processos apensados), lavrada em 16.04.1958 por João Antônio Delavalle Pogetti, no 1º Cartório de Noras e Ofício de Presidente Prudente/SP, os outorgantes vendedores José da Fonseca Simões e sua mulher Brasilina Nogueira Simões, representados por Carlos Padovan, venderam a Issac Melen os imóveis de 9560 hectares e 4780 hectares, ambos compreendidos como Fazenda Reserva, compostas de terras das Fazendas Ribeirão Grande, Lagoa Feia, Reserva, Lageado, Alecrim e Capoeira, localizadas no município e comarca de Ribas do Rio Pardo, antigamente comarca de Campo Grande.

13 Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória: I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

Pelo visto, a compra e venda compreendeu tanto os bens da meação de Maria Luiza de Moraes (2,86% da área dos requerentes) quanto a quota hereditária de Januária de Morais Bittencourt (97,14% da área dos requerentes), pelo que inexiste razão para Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri pretenderem o reconhecimento do direito de posse de 97,14% da área, com base no domínio, porque este também possui vício na origem.

Logo, se o pedido inicial é integralmente improcedente, os ônus sucumbenciais ficam invertidos, prejudicando a análise do outro pedido recursal, de majoração da verba honorária.

IV. Dispositivo

Pelo exposto, quanto ao recurso de Isaac Melem, acompanho o e. Relator para deixar de conhecer da tese atrelada ao pretenso implemento da prescrição aquisitiva (exceção de usucapião), bem como para rejeitar as preliminares de: a) nulidade da decisão dos embargos de declaração, em razão do não enfrentamento das preambulares; b) ilegitimidade passiva *ad causam* do Espólio de Isaac Melem; c) nulidade processual advinda da alteração da causa de pedir no curso do processo.

Por outro lado, divergindo do e. Relator, que deixou de conhecer das teses de carência da ação por entender que se tratavam de matérias de mérito, conheço das preliminares de impossibilidade jurídica do pedido (ação petitória na pendência de ação possessória) e de falta de interesse de agir, na modalidade interesse-adequação (ação negatória para impedir cumprimento da tutela possessória), para, entretanto, rejeitá-las.

Suprimindo uma omissão, afasto a preliminar de prescrição extintiva da pretensão inicial.

Quanto à matéria de fundo, com a devida vênia do e. Relator, hei por bem divergir de seu entendimento, para conhecer em parte do recurso e dar provimento ao apelo do Espólio de Isaac Melem, reconhecendo em seu favor o melhor direito de posse com base no domínio, na medida em que restou verificado, por meio de documentos públicos (por isso, de conhecimento de todos – *erga omnes*), que a cadeia de transferências de domínios, registrados nas matrículas dos imóveis, possui origem viciada.

Por consequência, não comprovado o fato constitutivo do direito dos requerentes, em reformando a sentença hostilizada, julgo improcedentes os pedidos negatórios nas ações petitória nº 0550015-17.1999.8.12.0041 (ajuizado por Espólio de Kanji Kawamura), nº 0550016-02.1999.8.12.0041 (ajuizado por Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri), nº 0550018-69.1999.8.12.0041 (ajuizado por Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro) e nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (ajuizado por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri), pelo que inverto os ônus sucumbenciais, condenando os requerentes ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados a favor dos advogados do requerido, no valor arbitrado em primeiro grau.

Diante deste desiderato, julgo prejudicada a análise do pedido subsidiário do espólio de Isaac Melem, calcado na minoração dos honorários advocatícios.

Por consequência, ainda, da reforma da sentença no que tange à lide principal, mantenho tanto a improcedência dos pedidos aviados nas denunciações, porque os litígios não se enquadram em qualquer das hipóteses do art. 70 do CPC, quanto a disposição dos ônus sucumbenciais respectivos.

Outrossim, em parte com o relator, conheço do recurso interposto por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, mas nego-lhe provimento, julgando prejudicada a análise do outro pedido recursal, de majoração da verba honorária, porque o recorrente restou integralmente sucumbente diante da reforma da sentença.

Este voto segue reproduzido em todas as ações petitória nº 0550015-17.1999.8.12.0041 (ajuizado por Espólio de Kanji Kawamura), nº 0550016-02.1999.8.12.0041 (ajuizado por Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri), nº 0550018-69.1999.8.12.0041 (ajuizado por Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro) e nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (ajuizado por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri).

Conclusão de julgamento adiada, por duas sessões, em face do pedido de vista do vogal (Des. Eduardo), após o relator e o revisor, quanto ao recurso de Isaac Melem, rejeitarem as preliminares, o revisor conhecer da tese de carência de ação, mas rejeitá-la, conhecer da prescrição extintiva e a rejeitar, votando no mesmo sentido o relator. No mérito, o revisor conhece em parte do recurso e lhe dá provimento. O relator nega provimento. Quanto ao recurso de Claudionor Aparecido Zampieri e outra, nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, conheceram do recurso e, em parte com o relator, o revisor também negava-provimento, mas julgava prejudicada a análise do pedido de majoração honorária.

VOTO (EM 14/04/2015)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal)

Espólio de Isaac Melem inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, nos autos da Ação de Reintegração de Posse que lhe move Claudionor Aparecido Zampieri e outros, interpõe apelação cível nesta Corte objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial, a fim de manter os autores na posse do bem em litígio.

Tendo em vista a complexidade da matéria oriunda das diversas ações levadas ao Judiciário, pedi vista dos autos para melhor analisar os fatos que envolvem a demanda, cujo transcurso de tempo se arrasta há mais de trinta anos.

No recurso de apelação, o requerido, Espólio de Isaac Melem, sustenta em síntese, as seguintes preliminares: a) nulidade da sentença, na medida em que as preliminares arguidas não foram analisadas; b) inadmissibilidade de alteração da causa de pedir; c) ilegitimidade passiva; d) carência da ação; e) prescrição e, no mérito, alega que o título dominial apresentado pelos recorridos, embora registrado na matrícula do imóvel, é oriundo de fraude.

Passo à análise das preliminares suscitadas.

Nulidade da sentença

O apelante sustenta que as preliminares arguidas na lide não foram analisadas, o que enseja anulação do *decisum*.

Não lhe assiste razão.

Denota-se que as preliminares alegadas pela parte ré são matérias de ordem pública, que podem ser apreciadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, de modo que a sua apreciação por esta Corte não importa em supressão de instância, ainda que não analisadas pelo juízo a quo.

Nesse sentido já decidi:

> *"A revelia não impede a análise dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo,* ***pois assim como as condições da ação, traduz matérias de ordem pública, podendo ser conhecidas a qualquer tempo e, como tal, a sua análise não***

implica em supressão de instância." (Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/02/2015; Data de registro: 05/02/2015) - destaquei

Logo, acompanho o e. Relator para rejeitar a presente preliminar e, por consequência, passo ao exame das matérias de ordem pública.

Inadmissibilidade de alteração da causa de pedir

Afirma o apelante não ser possível modificar o pedido e a causa de pedir durante o trâmite processual.

Novamente sem razão.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que os pedidos da parte autora são aqueles constantes não só na parte final intitulada como "pedido", mas também os existentes no corpo da inicial, extraídos através de uma interpretação lógico-sistemática da fundamentação da peça vestibular, vejamos:

> *"RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL -INOCORRÊNCIA - AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO PÚBLICO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO - RECURSO PROVIDO.*
>
> *(...) 2. Os pedidos do autor são os expressamente constantes do corpo ou da parte final da petição inicial, bem como aqueles assim identificados em razão de uma interpretação lógico-sistêmica da sua fundamentação..."* (STJ - REsp: 1120631 RJ 2009/0095938-0, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 01/12/2011, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)
>
> *"ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – JULGAMENTO EXTRA PETITA – NÃO-OCORRÊNCIA – CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE A CAUSA DE PEDIR E OS PEDIDOS FORMULADOS – INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO.*
>
> *1. O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica dos pedidos. 2. In casu, há inquestionável correlação lógica entre a causa de pedir e os pedidos formulados na petição inicial. Ademais, é dado ao Juiz deferir pretensão que, conquanto não formulada expressamente, represente um minus em relação ao que perseguido, e exatamente por essa razão, esteja compreendida no pedido maior apresentado. Agravo regimental improvido."* (STJ - AgRg no REsp: 1118704 RJ 2009/0010528-9, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 01/09/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 22/09/2009)

No caso vertente, como bem fundamentou o relator *"a despeito da controvérsia havida acerca do nome da ação - "petitória", "reivindicatória" ou "negatória" -, a interpretação lógico-sistemática da inicial revela, extreme de dúvidas, que a pretensão dos autores funda-se, basicamente, no seu pretenso direito possessória sobre o imóvel objeto do litígio, em virtude do título dominial que alegam deter sobre o bem.*

Tal pretensão, registre-se, mantém-se inalterada desde o início da demanda, sem que tenha havido nenhuma modificação no curso do longo trâmite processual".

Como se denota do caderno processual, durante toda a tramitação do feito, a pretensão dos autores cinge-se tão somente no reconhecimento do direito possessório sobre o bem litigioso, não importando, para

tanto, o nome dado à causa, mormente quando, através da interpretação lógico-sistemática, é facilmente perceptível a pretensão autoral.

Assim, acompanho o e. Relator para rejeitar a presente preliminar.

Ilegitimidade passiva e Carência da ação

Defende o apelante não ser parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que não praticou nenhum ato que justificasse o exercício da ação petitória.

E mais, a ação petitória não pode ser ajuizada com o único e manifesto propósito de obstar a execução de sentença possessória.

Analiso conjuntamente ambas as preliminares.

O e. Relator rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva e, quanto a de carência da ação, julgou juntamente com o mérito, por entender que era matéria afeta a este.

Já o revisor, acompanhou o relator no tocante a rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte, porém, dele divergiu com relação a carência da ação, subdividindo-a em impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir. E quanto a estas, rejeitou-as.

Com efeito, segundo a Teoria da Asserção, aplicável modernamente no Direito Processual, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado pela parte autora na sua petição inicial.

Assim, o momento para se verificar a existência das condições da ação é quando o juiz realiza o primeiro contato com a petição inicial, deixando o exame das questões de mérito, relativas à procedência ou improcedência da demanda, para o julgamento final.

Esse é o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme observa do seguinte julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL (...) TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA (...) 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 53.146/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 16/02/2012)

A orientação também encontra amparo na doutrina, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> *"Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida.* ***Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido,*** *de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito (...)* ***É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento.*** *Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito".* (Teoria Geral do Processo. 3ª ed. p.182-183) (grifei).

No mesmo sentido, entende esta Corte:

> *"EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA LEGISLATIVA –* ***REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO*** *– MÉRITO – APOSENTADORIA ESPECIAL – APLICAÇÃO DA LEI N. 8.213/91 – INEXISTÊNCIA – LEI COMPLEMENTAR – CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.*
>
> *Acolhe-se a preliminar de impertinência subjetiva da Assembléia Legislativa para figurar no pólo passivo do mandado de injunção, caso demonstrado que a omissão apontada pelo impetrante, mesmo em tese, só pode ser sanada pelo Governador do Estado.*
>
> *Rejeita-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, se o mesmo,* ***analisando in status assertionis****, admite pleno trânsito processual, inexistindo vedação abstrata para a utilização da via injuncional visando suprir omissões legislativas.*
>
> *Diante da inexistência da Lei Complementar disciplinadora dos casos insertos nos três incisos do § 4º do art. 40 da CF, deve ser garantido ao impetrante a análise de seu pedido de aposentadoria especial, pela autoridade administrativa competente, tendo como aplicação as normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo, oportunidade em que se averiguará a satisfação dos requisitos autorizadores para a sua concessão* (TJMS- Mandado de Injunção - N. 2010.006591-1/0000-00 - Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Órgão Especial - j. 5.5.2010) (grifei)

Assim, levando-se em conta a aplicabilidade de tal teoria pelo ordenamento jurídico, amplamente aceita e utilizada também pela jurisprudência, não há falar em acolhimento das preliminares, uma vez que as condições da ação e pressupostos devem ser analisados de forma abstrata, *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as afirmações feitas na inicial, de modo que, passada a fase inicial processual, estar-se-á diante da análise do mérito do pedido deduzido.

Não bastasse isso, é consabido que o interesse processual é composto pelo binômio necessidade-adequação. A necessidade consiste na indispensabilidade do ingresso em juízo para a efetiva obtenção do bem pretendido, enquanto a adequação revela-se pela relação de pertinência entre a situação fática narrada e o meio processual utilizado.

Neste norte, ingressando os autores com a presente demanda, visando o reconhecimento do direito possessório, não sendo possível de outra forma, alcançar tal fim, resta patente o seu interesse de agir, assim como a possibilidade jurídica do pedido.

Desse modo, acompanho o e. Relator para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, quanto a preliminar de carência da ação, peço-lhe vênia para divergir e acompanhar o revisor, a fim de rejeitar as preliminares (impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir), porém, por fundamentos diversos.

Prescrição aquisitiva

O apelante alega prescrição aquisitiva do imóvel, sob o argumento de que, quando os apelados invadiram o bem, a sua posse datava de mais de vinte anos.

Os argumentos expendidos pelo recorrente não podem sequer ser conhecidos.

Assim estabelecem os artigos 300 e 302 do CPC:

> *"Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial..."*

Conforme se denota, compete ao réu alegar na contestação toda matéria de defesa, devendo ainda manifestar-se precisamente sobre os fatos descritos na exordial.

No caso vertente, observa-se que a prescrição aquisitiva é matéria de defesa, de modo que deveria ser apresentada com a contestação.

Contudo, compulsando os autos, vê-se que a parte recorrente nada dispôs sobre a aludida matéria quando da peça defensiva, razão pela qual, ocorreu a preclusão. (f. 96/104)

Outrossim, nos termos do art. 303 do CPC, depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: a) relativas a direito superveniente; b) competir ao juiz conhecer delas de ofício e; c) por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

Porém, o caso do autos em nada se relaciona com as hipóteses acima versadas, na medida em que o apelante pretende se defender dos fatos deduzidos na inicial alegando a prescrição aquisitiva, matéria esta unicamente de defesa e que somente foi deduzida após a contestação.

Assim, acompanho o e. Relator para não conhecer da presente matéria, em virtude da preclusão.

Prescrição Extintiva

Apesar de o relator não ter abordado a presente matéria, torna-se necessário a sua análise, a fim de se evitar eventuais omissões.

Relata o apelante que ocorreu a prescrição extintiva, uma vez que a ação está baseada em direito real, tendo transcorrido o prazo prescricional de dez anos quando do ajuizamento da demanda, consoante preceitua o art. 177 do CC/16.

Acompanho o e. revisor para rejeitar a preliminar.

Como é cediço, a pretensão dos autores é o reconhecimento do melhor domínio sobre o imóvel adquirido.

Nesse passo, o curso do prazo prescricional inicia-se somente quando o titular do direito passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências.

Como bem fundamentou o revisor:

> *"Ora, se o pedido dos requerentes, nas diversas ações ora sob julgamento simultâneo, é de reconhecimento do melhor domínio sobre os imóveis rurais, que adquiriram por contrato oneroso, certo é que a pretensão se renova dia a dia, enquanto perdurar a perspectiva amplamente retratada nos autos, da existência de suposta bifurcação quanto à titularidade dos bens (duas cadeias dominiais a respeito do bem, uma anterior não registrada e outra posterior levada a registro)."*

Noutro vértice, o apelante defende a ocorrência da prescrição extintiva com base no trânsito em julgado da ação possessória por ele movida contra Joaquim Nogueira de Souza e sua mulher, e que foi vencedor.

Contudo, em se tratando de ação possessória, esta possui cunho eminentemente declaratório, de modo que não há falar em prescrição extintiva.

Consoante explica Agnelo Amorim Filho

> *"As ações com carga preponderantemente declaratória, cujo escopo único é o de atestar a certeza numa relação jurídica sobre cujas nuances pairem perplexidades, não colimando imediatamente a realização ou alteração de um direito, são, em regra, perpétuas ou imprescritíveis, porque "não há razão para o legislador subordinar as ações declaratórias a prazos extintivos, pois o seu uso, ou não uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social "* (TJ-SC , Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 14/03/2008, Terceira Câmara de Direito Civil)

Dessa feita, acompanho o revisor para rejeitar a preliminar.

Mérito

Tendo em vista que a presente matéria é a mesma abordada nos feitos de n. 0550019-54.1999.8.12.0041, 0550018-69.1999.8.12.0041, 0550015-17.1999.8.12.0041, todos em apenso, analiso conjuntamente os feitos.

A questão a ser dirimida cinge-se em saber qual das partes possui a melhor posse relativa aos imóveis *sub judice*.

O e. relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, manteve a sentença que julgou procedente o pedido inicial, a fim de manter os apelados (autores) na posse do bem, sob o fundamento de que os requerentes possuem títulos dominiais devidamente registrados nas matrículas dos imóveis, enquanto que o réu integra a cadeia sucessória apenas por procuração.

Já o e. revisor, Des. Marco André Nogueira Hanson, com base em toda digressão fática apresentadas nos autos, análise dos recursos e incidentes processuais, deu provimento ao recurso interposto por Isaac Melem para julgar improcedente o pedido inicial.

O fundamento do revisor, foi no sentido de que ficou devidamente demonstrado que o requerido Isaac Melem adquiriu a propriedade do bem através de uma cadeia de procurações em causa própria anteriormente a aquisição pelos autores.

Quanto ao recurso interposto por por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, o e. revisor, acompanhando em parte o Relator, negou-lhe provimento.

Infere-se da minuciosa descrição cronológica dos fatos que, Maria Luiza Moraes era casada com Severo Teixeira de Moraes e que, após o falecimento deste, foi homologada partilha em 19/04/40, ficando a meeira Maria Luiza de Moraes com 3360 hectares e 5000m² da Fazenda Ribeirão Grande, 1132 hectares da Fazenda Lagoa Feia, 1800 hectares da Fazenda Reserva, 2833 hectares da Fazenda Lageado, 1065 hectares da Fazenda Alecrim, 1738 hectares e 5000m² da Fazenda Capoeira, totalizando 11929 hectares.

Para cada um dos cinco herdeiros (Nestor Félix Calixto; Januária Moraes Bitencourt; José Estácio de Moraes; Juvelina Teixeira de Moraes; Hilo Teixeira Moraes), coube 2385 hectares das Fazendas e mais 8000m² (sendo 672 has e 1000m² da Ribeirão Grande; 226 has e 4000m² da Lagoa Feia; 360 has da

Reserva; 566 has e 6000m² da Lageado; 213 has da Alecrim e 347 has e 7000m² da Capoeira). – f. 22 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041.

Na data de 28/12/1940, a Sra. Maria Luiza de Moraes outorgou procuração a seu filho, José Estácio de Moraes, no distrito de Xavantina, Comarca de Três Lagoas, Mato Grosso, concedendo-lhe amplos e gerais poderes para, entre outros atos, "*vender terras, assinar escrituras, fazer negócios, receber dinheiro*", cuja subscrição do mandato coube a seu genro, Antônio Andrade Bittencourt, que era casado com sua filha Januária de Moraes Bittencourt. (f. 673 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Em 26/02/1941, através da certidão lavrada em Presidente Epitácio/SP, a mandante (Sra. Maria Luiza) e procurador (Sr. José Estácio) compareceram perante o tabelião, em Presidente Epitácio, comarca de Presidente Venceslau/SP, onde restou outorgada procuração em causa própria ao mandatário José da Fonseca Simões, a quem conferiu "*irrevogáveis, amplos gerais e ilimitados poderes para transferir a si ou a terceiros (...) a missão que coube a ela mandante no inventário das leis deixado pelo seu finado marido – Severo Teixeira de Morais e consistente em onze mil novecentos e vinte e nove (11.929), hectares de terras situados, na Freguesia, município e comarca de Campo Grande no Estado de Mato Grosso*". (f. 676/677 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Em 28/02/1942, a Sra. Januária de Moraes Bittencourt (filha de Maria Luiza) e seu esposo, Antônio Andrade Bittencourt, outorgaram procuração em causa própria a José Fonseca Simões, a quem conferiu poderes amplos, gerais e ilimitados para assinar escritura para si ou terceiro das terras compradas, situadas no município de Campo Grande, no lugar denominado Lagiado, com 2385 hectares e 8000m². (f. 679 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Na data de 18/04/1942 houve o falecimento da Sra. Maria Luiza Moraes, consoante termo de declaração de f. 689 (autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Na data de 21/02/1958, na comarca de Presidente Venceslau, José da Fonseca Simões constituiu seu bastante procurador Carlos Padovan, outorgando-lhe poderes especiais para, em seu nome, aceitar, outorgar e assinar escritura definitiva em favor de Isaac Melem, ou a quem este indicar, de uma gleba de 14340 hectares de terras que compõem a Fazenda Reserva e outras. (f. 682/682 autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Diante da aquisição da área de 14340 hectares, Isaac Melem determinou a transferência de um casal de empregados para o dito imóvel (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luiza de Souza), a fim de que zelassem pelo mesmo.

Em 25/09/1965 e 23/09/1973 houve, respectivamente, o falecimento de Januária de Moraes Bittencourt (filha de Maria Luiza Maraes) e seu esposo. (f. 701 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Os empregados de Isaac Melem, por sua vez, intentaram Ação de Usucapião em face do Espólio de Maria Luiza Moraes (autos nº 1.081/74), que tramitou na 6ª Vara Cível de Campo Grande, objetivando o reconhecimento da prescrição aquisitiva da área de 11929, ou seja, da área que estavam zelando a mando de Isaac Melem.

Por consequência, em 13.06.1977, ultrapassados 12 anos da morte de Januária de Moraes Bittencourt e 4 anos do óbito de Antônio de Andrade Bittencourt, os herdeiros deflagram o inventário destes, arrolando como bens partilháveis a quota parte recebida por Januária, da herança deixada por Severo Teixeira de Morais (2385 hectares das Fazendas e mais 8000m²). - f. 701-702 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041

Na data de 16.06.1977, decorridos quase 20 anos da compra da área de 14340 hectares por Isaac Melem, e aproximadamente 35 anos do óbito de Maria Luiza de Moraes, os herdeiros deflagram o inventário

desta, arrolando como bens partilháveis a meação desta falecida (imóvel com 11929 hectares), ou seja, o bem adquirido por Isaac. - f. 689-691 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041

Diante disso, o ora requerido, nos autos de inventário, pleiteou o sobrestamento do feito, sob o fundamento de que os bens a serem inventariados teriam sido por si adquiridos, na cadeia de procurações em causa própria, porém, o magistrado indeferiu o pedido, sob o fundamento de que o nome de Isaac não constava no registro do bem, decisão esta mantida em sede de agravo de instrumento. (f. 180 e seguintes dos autos 0550016-02.1999.8.12.0041)

Por sua vez, o espólio de Maria Luiza, representado pelos herdeiros, ajuizou, em 1979, Ação Reivindicatória nº 028/79 em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, que tramitou na 6º Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Diante da existência de duas ações relativas ao mesmo bem (Ação de usucapião proposta por Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luiza de Souza em face do Espólio de Maria Luiza Moraes - autos nº 1.081/74, e ação reivindicatória nº 028/79 proposta por espólio de Maria Luiza, representado pelos herdeiros em face dos primeiros), ambas as partes se compuseram em 30/10/1979, ficando acordado que a posse do bem seria devolvida aos sucessores de Maria Luiza Moraes. (f. 692/693 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Como consequência desse acordo, isto é, diante da devolução da posse aos sucessores de Maria Luiza Moraes, o espólio desta passou a alienar novamente a Fazenda Reserva à terceiros, dentre eles, Yuke Abe; Yutaka Tsuboi; Geraldo Pontes; Aristides Bueno; Kanji Kawamura; etc., que, por sua vez, venderam os imóveis a outras pessoas.

Desse modo, os terceiros adquirentes passaram a registrar as escrituras em nome próprio, tendo em vista que o negócio realizado anteriormente por Isaac Melem não tinha sido registrado.

Dentre as alienações, podemos citar:

A) o espólio de Maria Luiza de Moraes, a título de dação em pagamento escriturou em nome de Sr. Manoel Santana de Souza, filho de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, a Fazenda Reserva com 750 has, isto em 28.09.1979 (f. 48/52 dos autos 0550016-02.1999.8.12.0041). Este por sua vez (Manoel), registrou o imóvel em seu nome em 05/10/1979;

B) Essa área de 750 has, Manoel Santana vendeu através de escritura pública de compra e venda em 27/11/1980 à Germano Zampieri Neto, Alfredo Zampieri Filho e Claudionor Aparecido Zampieri, que procederam o registo em 28/11/1980 (f. 16-verso dos autos nº 0550016-02.1999.8.12.0041), cuja Fazenda Reserva passou-se a chamar Fazenda Santa Maria do Pardo;

C) Em 25.05.1979 (f. 708-711 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041) e 30.04.1980 (f. 697-700 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), os herdeiros de Maria Luiza de Moraes, de Januária de Moraes Bittencourt e de Antônio de Andrade Bittencourt (representados pela inventariante Aparecida Luiza Moraes Bittencourt) cedem os direitos hereditários constantes da Ação de Inventário nº 101/77 em Três Lagoas/MS e Ação de Inventário nº 40/77 em Bataguassu/MS a Yuke Abe. Referidas cessões se efetivaram quando da expedição e registro das cartas de adjudicação de f. 695-696 e f. 704-707 (autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041);

D) Em 19.06.1979 (f. 20 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), restou registrada em nome de Yuke Abe a Carta de Adjudicação expedida em 08.06.1979, nos autos nº 40/77, pelo que se concretizou a transferência para ele da quota parte que cabia a Januária de Moraes Bittencourt, advinda da herança deixada por Severo Teixeira de Morais (2385 hectares das Fazendas e mais 8000m²). Em 23.10.1980 (f.

20-verso dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), Yuke Abe pede a averbação da fusão de parte da Fazenda Reserva aos 2385 hectares e mais 8000m² , encerrando 2.455,55,68 has (duas mil quatrocentos e cinquenta e cinco hectares e cinquenta e cinco ares e sessenta e oito centiares), com nova denominação Fazenda Tupi. Em 24.10.1980 (f. 19 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), aliena à Germano Zampieri Neto, Alfredo Zampieri Filho e Claudionor Aparecido Zampieri, através de escritura pública de compra e venda, a área de 2.455,55,68 has (atualmente denominada pelos requerentes como Fazenda Santa Maria do Rio Pardo);

E) Em 26.08.1982 (f. 17 dos autos nº 0550018-69.1999.8.12.0041), restou registrada a Fazenda Eldorado, com 2420,00 ha, em nome de Oswaldo Mituaki Ushiro e Edson Toshiyuki Ushiro a escritura pública de compra e venda firmada com Yuke Abe e lavrada no mesmo dia, em 26.08.1982.

Importante salientar ainda, que os empregados que Isaac Melem contratou para cuidar da fazenda adquirida (14340 ha), recusaram-se a desocupar a área, bem como recusaram-se a cumprir acordo de devolução da terra, razão pela qual, o ora apelante, ingressou com Ação de Reintegração de Posse n. 045/82 em face dos mesmos (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza), cuja sentença proferida em 25/09/1987, reconheceu que os réus eram apenas detentores da posse e, por isso, concedeu a tutela possessória em favor de Isaac, mas ressalvou a possibilidade de discussão das consequências desta tutela em face de terceiros possuidores, quando do cumprimento da sentença da reintegração de posse. Esta sentença transitou em julgado.

Diante da procedência do pedido na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82 ajuizada por Isaac Melem, os terceiros adquirentes da área do espólio de Maria Luiza de Moraes, ajuizaram os seguintes embargos de terceiro, conforme citado no voto do Revisor:

> *"a) Embargos de Terceiro nº 0550021-73.1989.8.12.0041 – nº 082/89 (Famílias Zampieri, Ushiro, Oshiro, Yabuta, Kawamura e Yagyu X Isaac Melem), no seio da Ação de Reintegração nº 045/82, distribuído em 07.07.1989, foi extinto sem julgamento do mérito, em 25.07.1996, em razão da ilegitimidade ativa dos pretensos "terceiros", que adquiriram os imóveis a despeito de estar pendente de julgamento litígio possessório. Apesar de mantida a sentença quando do julgamento da apelação nº 0000008-93.1990.8.12.0041 (1000.051927-5), em 14.10.1998, houve ressalva, entretanto, no julgamento dos Embargos de Declaração em Apelação nº 51.927-5/01, da Relatoria de Nelson Mendes Fontoura, em 02.12.1998, da possibilidade de discutir, em processo autônomo, a posse decorrente do domínio. Transitou em julgado, quando o Ministro Relator no Ag nº 281316 / MS, negou seguimento ao recurso que visava destrancar na origem o Recurso Especial;*
>
> *b) Embargos de Terceiro nº 0550008-74.1989.8.12.0041 – nº 081/89 (Tadeu José Silvestre e Aimara Ribas Silvestre X Isaac Melem), no seio da Ação de Reintegração nº 045/82, distribuído em 07.06.1989, foi extinto sem julgamento do mérito, em 25.07.1996, em razão da ilegitimidade ativa dos pretensos "terceiros", que adquiriram os imóveis a despeito de estar pendente de julgamento litígio possessório. Na apelação nº 0000008-93.1990.8.12.0041 (1000.053764-6), julgada em 14.10.1998, o recurso não foi conhecido em razão da deserção. Opostos dois embargos de declaração, que foram rejeitados, Tadeu José Silvestre e sua esposa opuseram Recurso Especial e Recurso Extraordinário. No REsp nº 268701, o Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso de Tadeu José Silvestre e esposa e deu-lhe provimento, cujo Acórdão restou assim ementado:*
>
> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSAÇÃO.*
>
> *O Superior Tribunal de Justiça só não pode revisar, em recurso especial, a interpretação restritiva da transação; pode e deve fazê-lo quando a interpretação for extensiva, sob pena de excluir do seu controle a aplicação do artigo 1.027, 1ª parte,*

do Código Civil, que é norma legal tão obrigatória quanto todas as outras do nosso ordenamento jurídico. Recurso especial conhecido e provido."

Referida decisão transitou em julgado, após ter sido negado provimento aos EDcl no REsp 268701, negado seguimento ao RE no REsp 268701, e negado seguimento ao AI 518808 no âmbito STF.

Os sucessores de Maria Luiza de Moraes no registro das propriedades rurais (Zampieri, Ushiro, Oshiro, Yabuta e Kawamura) ajuizaram Ação Rescisória nº 0018515-65.1989.8.12.0000 - nº 1000.018515-1 – nº 114/89 em face do Espólio Isaac Melem, distribuída em 03.10.1989, cujo Acórdão deste Tribunal, de Relatoria de Nelson Mendes Fontoura, lavrado em 21/12/1990, julgou improcedente o pedido de desconstituição da sentença proferida na Ação de Reintegração de Posse nº 045/82, porque não teria havido coisa julgada material em relação à discussão do domínio. No STJ, o Recurso Especial nº 20.754/MS não foi conhecido.

Pelos detentores da posse dos imóveis rurais, inúmeros Embargos de Retenção por Benfeitorias foram opostos em face de Isaac Melem, a saber:

1) Embargos de Retenção por Benfeitoria nº 0550006-55.1999.8.12.0041 - 041.99.550006-2 (Espólio de Yuke Abe, Yutaka Tsuboi e sua mulher Hatsue Tsuboi X Espólio de Isaac Melem), referente a 3.6677 hectares e 968 hectares da Fazenda Reserva e ajuizados em 28.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau, na data de 17.03.2009, foi procedente condenando Espólio de Isaac a pagar aos embargantes as benfeitorias a título de indenização, no valor de 2.368.422,70. Em segundo grau, no julgamento da apelação nº 2009.031866-7, publicado em 16.01.2012, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, pelo acolhimento de preliminar[14]*. Todavia, no julgamento dos embargos de declaração nº 2009.031866-7/0001-00, Acórdão publicado em 23.03.2012, fora concedido efeitos infringentes para afastar a dita preliminar e admitir o julgamento do mérito*[15]*. Nos Embargos dos Embargos da Apelação nº 2009.031866-7/0001-01, opostos por Isaac, o pedido não foi provido em 22.05.2012. Interposto o Recurso Especial por Isaac e aberta a instância especial, o Ministro Relator negou seguimento ao recurso, entretanto, houve oposição de embargos de declaração, os quais se encontram pendentes de julgamento. Por isso, o processo em primeiro grau está suspenso, aguardando julgamento de recurso no STJ;*

2) Embargos de Retenção por Benfeitoria nº 0550051-59.1999.8.12.0041 (Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau, na data de 23.02.2007, julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da Apelação Cível nº 0000018-40.1990.8.12.0041 (2007.012575-0), por maioria, cujo Relator Designado foi o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, a sentença foi reformada, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, corrigido pelo INPC a partir de sua apresentação, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foi suprimida uma omissão nos Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012575-0/0002, sem efeitos infringentes. No julgamento dos Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012575-0/0002-01, o voto que reconheceu o direito à indenização das benfeitorias restou mantido. Rejeitados os embargos de Declaração em Embargos Infringentes em

14 Contou do acórdão: "*Aquele que adquire bem litigioso e deixa de ingressar em juízo na condição de sucessor processual ou assistente litisconsorcial, a fim de postular direito à indenização e retenção por benfeitorias realizadas em bem imóvel, deve suportar os efeitos da sentença proferida na ação possessória, bem como os efeitos da preclusão - inteligência do art. 42 do Código de Processo Civil*".

15 Constou do Acórdão: "*Constatada omissão e contradição no acórdão embargado acerca de fatos constantes nos autos que não foram analisados com conclusões divergentes, justifica-se a excepcional atribuição de efeito infringente aos embargos declaratórios, a fim de corrigir os vícios detectados, com a reversão do resultado, afastando-se a preliminar que havia sido acolhida, autorizando-se o julgamento do mérito recursal.*"

Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012575-0/0002-02, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial nº 1187977/MS, que foi desprovido monocraticamente no STJ e, apesar disso, encontra-se pendente de julgamento o AgRg no REsp 1187977.

3) Embargos de Retenção por Benfeitoria nº 0550050-74.1999.8.12.0041 (Kanji Kawamura X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau, na data de 26.02.2007, julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da Apelação Cível nº 0000018-40.1990.8.12.0041 (2007.012586-0), por maioria, cujo Relator Designado foi o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, a sentença foi reformada, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, corrigido pelo INPC a partir de sua apresentação, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foi suprimida uma omissão nos Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012586-0/0001-01, sem efeitos infringentes. No julgamento dos Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012586-0/0001-02, o voto que reconheceu o direito à indenização das benfeitorias restou mantido. Rejeitados os Embargos de Declaração em Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012586-0/0001-03, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial nº 1190099, que se encontra pendente de julgamento.

4) Embargos de Retenção por Benfeitoria nº 0550049-89.1999.8.12.0041 (Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da Apelação Cível nº 0000019-25.1990.8.12.0041 (2007.012723-5), por maioria, cujo Relator Designado foi o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, a sentença foi reformada, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, corrigido pelo INPC a partir de sua apresentação, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foi suprimida uma omissão nos Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012723-5/0002-00, sem efeitos infringentes. No julgamento dos Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012723-5/0002-01, o voto que reconheceu o direito à indenização das benfeitorias restou mantido. Rejeitados os Embargos de Declaração em Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação nº 2007.012586-0/0002-02, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial nº 1187245, que se encontra pendente de julgamento.

5) Embargos de Retenção por Benfeitoria nº 0550014-32.1999.8.12.0041 (Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 31.05.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização das benfeitorias e retenção do imóvel. Em segundo grau, no julgamento da Apelação Cível nº 0550014-32.1999.8.12.0041 (2009.009248-8), cujo Relator foi o Des. Rubens Bergonzi Bossay, a sentença foi reformada por unanimidade, pelo que o Espólio de Isaac Melem foi condenado a pagar aos embargantes, a título de indenização, o valor apurado no laudo do perito judicial, devidamente corrigido, assegurando, ainda, o direito à retenção do imóvel até o efetivo ressarcimento. Foram rejeitados os Embargos de Declaração em Apelação nº 2009.009248-8/0001-00. Diante deste deslinde, o Espólio de Isaac Melem opôs Recurso Especial, que teve seu seguimento negado pela Vice-Presidência. Em vista disso, Espólio de Isaac Melem interpôs Agravo de Instrumento ao STJ (Ag nº 1308850/MS), que foi desprovido monocraticamente pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Na sequência, não foram providos os recursos de Espólio de Isaac Melem (AgRg no Ag 1308850 e EDcl no AgRg no Ag 1308850/MS), pelo que o decisum transitou em julgado.

Os detentores da posse, além dos inúmeros Embargos de Retenção por Benfeitorias, ajuizaram no mesmo ano de 1999, também em face de Isaac Melem, as Ações ora em julgamento, a saber:

I) Ação Petitória nº 0550016-02.1999.8.12.0041 (Germano Zampieri Neto, Ruth de Freitas Zampieri, Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 16.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora sub judice.

II) Ação Petitória nº 0550015-17.1999.8.12.0041 (Espólio de Kanji Kawamura X Isaac Melem), ajuizados em 15.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora sub judice.

III) Ação Petitória nº 0550018-69.1999.8.12.0041 (Edson Toshiyuki Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro, Marina Mitsuko Tateoka Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro X Isaac Melem), ajuizados em 15.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora sub judice.

IV) Ação Petitória nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri X Isaac Melem), ajuizados em 15.06.1999, cuja sentença proferida em primeiro grau julgou improcedente o pedido, mas, no julgamento dos embargos de declaração, ofertou efeitos infringentes, para julgar "procedente o pedido da presente ação petitória, a fim de manter o autor na posse da área de terras em questão". Desta decisão, após a rejeição dos embargos de declaração, Isaac Melem interpôs a apelação cível que se encontra ora sub judice.

Consta, ainda, que Espólio de Isaac Melem deflagrou a Execução nº 0550079-27.1999.8.12.0041 (Espólio de Isaac Melem X Edson Toshiyuki Ushiro, Lucia Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro, Marina Mitsuko Tateoka Ushiro, Claudionor Aparecido Zampieri, Doraci Garcia Zampieri, Germano Zampieri Neto, Ruth de Freitas Zampieri, Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Norimoto Yabuta, Machico Yabuta, Hiroshi Yabuta, Izaura Tieko I. Yabuta, Osamu Yabuta, Margarida Hatko T. Yabuta, Kanji Kawamura e Erminia Motoko F. Kawamura), em 20.05.1999, onde visa o cumprimento da tutela reintegratória concedida em seu favor, cujo processo encontra-se em andamento. O Juízo singular, em sua última decisão, lastrado nas sentenças proferidas na presentes ações petitórias supramencionadas, manteve "a proibição de alteração da área da qual o exequente obteve a posse, bem como nego o pedido de imissão na posse de outra propriedade"."

Realizado um apanhado geral dos fatos e peculiaridades que o caso exige, passo a analisar a pretensão levada a juízo.

Destaco inicialmente que, não obstante esta Corte já ter decidido que Isaac Melem, além de não possuir o domínio do bem, também não detinha a posse do imóvel (Apelação Cível n. 240/83 interposta nos

autos de Embargos de Terceiros movido pelo ora requerido em face do espólio de Maria Luiza de Moraes), o fato é que tal fundamento não faz coisa julgada material com relação ao direito de posse com base no domínio, tanto é verdade que o Des. Nelson Mendes Fontoura, no julgamento dos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 51.927-5/01 (f. 24-27 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041) fez questão de asseverar que: "*o que os embargantes querem é que o Poder Judiciário se pronuncie acerca do direito autônomo que eles têm sobre o imóvel constritato, em razão da propriedade, isto é, a posse decorrente do domínio, fato este que não pode ser discutido em lide que versa sobre embargos de terceiro, mas sim em processo apropriado para tais questões*" (f. 27 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041).

No mesmo sentido fundamentou o Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do Recurso Especial interposto pelos terceiros adquirentes do imóvel em face do acórdão prolatado por esta Corte quando do julgamento da Ação Rescisória n. 18.515-1:

> *"Consoante o acórdão ora recorrido, a sentença dos embargos de terceiro, de um lado, não pode ser oposta à da ação possessória, porquanto lá não se discutiu acerca do mérito da lide, pois como se viu o autor foi reputado carecedor dos embargos, e o acórdão dos embargos de terceiro, de outro lado, também não pode ser oposto ao da ação possessória, já que as considerações sobre a posse nele constantes não fizeram coisa julgada, pois como se sabe os motivos não fazem coisa julgada." (f. 330 dos autos n. 0550015-17.1999.8.12.0041)*

Como bem fundamentou o Revisor:

> *"As decisões proferidas incidentalmente no âmbito da Ação de Inventário, no seio dos Embargos de Terceiro ou Embargos de Retenção por Benfeitorias, acerca da qualidade do domínio, nada obstante tenham o condão de fazer precluir a discussão endoprocessual, não inviabiliza posterior discussão na via ordinária, visto que o jus possidendi, em tais casos, acaba sendo invocado como causa de pedir e, nesta trilha, eventual decisão judicial não faz coisa julgada material.*
>
> *(...)*
>
> *Ora, se é o pedido que delimita o âmbito da coisa julgada material, o requerimento incidental realizado por Isaac Melem na ação de inventário da Sra. Maria Luiza de Moraes, de suspensão do andamento do feito (porque os bens listados lhe pertenciam), somente poderia constituir eventual óbice a um novo pedido de suspensão do processo, mas jamais inviabilizar a discussão acerca do domínio.*
>
> *É bem por isso que o decisum singular, proferido incidentalmente nos autos do inventário dos bens deixados por Maria Luiza de Morais nº 101/77, e o Acórdão proferido no agravo de instrumento nº 148/80,de relatoria do Des. Gerval Bernardino de Souza, ainda que tenha se referido à qualidade da posse e do domínio dos bens, não faz coisa julgada material e nem inviabiliza o julgamento das presentes ações petitórias, lastreadas na posse decorrente do direito de propriedade jus possidendi."*

Assim, não há falar em coisa julgada, na medida em que nas demandas julgadas por esta Corte o pedido principal era outro, de modo que o fundamento quanto ao domínio e posse serviram apenas para lastrear o pedido incidental.

No que pertine às procurações em causa própria outorgadas por Maria Luiza de Moraes e pela herdeira Januária Moraes Bittencourt e seu esposo, Antônio Andrade Bittencourt, respectivamente à José Estácio de Moraes e José da Fonseca Simões, necessário tecer breves considerações.

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> *"A procuração em causa própria ou mandato in rem suam é outorgada no interesse exclusivo do mandatário e utilizada como forma de alienação de bens. Recebe esta poderes para transferi-los para o seu nome ou para o de terceiro (finalidade mista), dispensando nova intervenção dos outorgantes e prestação de contas."* (Direito Civil Brasileiro, Vol. 3, Saraiva, p. 441)

Importante ressaltar ainda que a morte do mandante não é causa extintiva do mandato, quando este se dá por "causa própria", vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE MANDATO (SUBSTABELECIMENTO) C/C IMISSÃO DE POSSE. PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA. CUMPRIMENTO DE NEGÓCIO. IRREVOGABILIDADE. IRRETRATABILIDADE. MORTE DO MANDATÁRIO SUBSTABELECIDO. NOVO SUBSTABELECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DO OBJETO. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO (COMPRA E VENDA). IMPOSSIBILIDADE DA DESCONSTITUIÇÃO DO ATO ANTE A RESTRIÇÃO DO PEDIDO E DIREITOS DE TERCEIROS. ARTS. 293 E 472/CPC. RECURSO NEGADO.*
>
> *A procuração outorgada em causa própria (in rem suam), em cumprimento de negócio jurídico celebrado entre o mandante e mandatário é irrevogável e irretratável, e não se extingue com a morte de qualquer das partes, posto que não implica apenas em uma autorização representativa, mas em efetiva transferência de direitos, mesmo ao tempo do Código anterior (art. 685/CC/2002)..."* (TJ-PR, Relator: Francisco Jorge, Data de Julgamento: 20/07/2011, 17ª Câmara Cível)
>
> *Pontes de Miranda, por sua vez, afirma:*
>
> *"Na procuração em causa própria há a outorga de poderes e a atribuição de direito, de modo que esse elemento passa a frente. Daí a irrevogabilidade e a inextinguibilidade pela morte ou interdição do procurado ou do procurador, ou pela mudança de estado de qualquer dos dois [....]"* (Tratado de direito Privado, t. XLIII, Borsoi, 1963, § 4.700, n. 3, p. 155)

E mais, segundo o art. 1.317 do CC/16, vigente à época dos fatos, é irrevogável o mandato quando se tiver convencionado que o mandante não possa revoga-lo, ou for em causa própria a procuração dada.

Analisando as procurações em causa própria outorgadas por Maria Luiza de Moraes e pela herdeira Januária Moraes Bittencourt e seu esposo, Antônio Andrade Bittencourt, respectivamente à José Estácio de Moraes e José da Fonseca Simões, vê-se que as mandantes outorgaram amplos, gerais, irrestritos e irrevogáveis poderes, mormente para transferir os imóveis *sub judice*. (f. 673 e seguintes – autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Foi por essa razão, que na data de 21/02/1958, foi lavrada a escritura de compra e venda das 14340 hectares, cujo adquirente foi o espólio requerido, através da cadeia de procurações. (f. 685 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Ressalta-se ainda que dita aquisição foi anterior a todas as outras alienações realizadas por terceiros (Yuke Abe; Yutaka Tsuboi; Geraldo Pontes; Aristides Bueno; Kanji Kawamura), quando os sucessores de Maria Luiza Moraes alienaram ilegalmente o imóvel pela segunda vez.

Tanto é verdade que as alienações foram feitas a partir do ano de 1979 a 1982, conforme acima relatado e devidamente demonstrado nos autos, ao passo que a aquisição da área por Isaac Melem foi em 1958, portanto, com quase vinte anos de antecedência.

No mesmo sentido fundamentou o Revisor:

> *"É de se concluir, extreme de dúvidas, que os 14.340 hectares de terras adquiridos por José da Fonseca Simões por meio de procuração em causa própria e, posteriormente, transferidos a título oneroso a Isaac Melem, não mais constavam dentre o acervo patrimonial dos autores das heranças (Sra. Maria Luiza de Moraes, Januária de Moraes Bittencourt e Antônio de Andrade Bittencourt) quando, em junho de 1977, os herdeiros deflagraram as ações de inventário nº 40/77, em Bataguassu/MS, e nº 101/77, em Três Lagoas/MS, relacionando referidos imóveis como bens partilháveis."*

Mas isso não é só. Muito embora os terceiros adquirentes dos imóveis *sub judice* sustentem que a escritura de compra e venda lavrada no Cartório de Notas e Ofício de Presidente Prudente/SP seja falsa ou fruto de montagem, o fato é que não há nos autos nenhum incidente de falsidade autuado para averiguar a veracidade do dito documento.

Ademais, depreende-se que a procuração por causa própria constitui verdadeira transferência de propriedade sem possibilidade de revogação, razão pela qual, se a Sra. Maria Luiza de Moraes e Januária de Moraes Bittencourt e esposo outorgaram procuração em causa própria, com a finalidade de transferirem a propriedade das terras, indene de dúvidas que os seus sucessores não poderiam ter ignorado a venda do imóvel quando, pela segunda vez, novamente alienaram o imóvel.

Urge transcrever excerto do minucioso voto do Revisor:

> *"Partindo-se do pressuposto de que a procuração em causa própria, outorgada com o intuito de transferir a propriedade, não poderia ser revogada nem mesmo por quem outorgou o mandato, afigura-se iniludível que os sucessores das mandantes não poderiam ignorar as vendas dos imóveis, realizada por Maria Luiza de Moraes, em 26.02.1941, e por Antônio Andrade Bittencourt e sua esposa Januária de Morais Bittencourt, em 28.02.1942, para, uma vez mais, aliená-los e distribuírem o produto da negociação.*
>
> *A sucessão dos fatos, em verdade, faz transparecer que os herdeiros de Maria Luiza, de Januária e de Antônio, em conluio com os empregados de Isaac Melem (Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza) valeram-se de processos com intuito manifestamente ilegal, visando "legalizar" um segunda venda dos imóveis, embora cientes de que tais propriedades já não mais pertenciam aos autores das heranças.*
>
> *É que em 1974, Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, embora detivessem a área em nome de Isaac Melem por serem seus empregados, cientes de que havia legislação na época que proibia referido estrangeiro de registrar em seu nome os 14.340 hectares, ajuizaram Ação de Usucapião em face do Espólio de Maria Luiza (autos nº 1.081/74), na 6ª Vara Cível de Campo Grande. Tempos depois, o espólio de Maria Luiza, representado pelos herdeiros, ajuizou, em 1979, Ação Reivindicatória nº 028/79 em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, que tramitou na mesma 6º Vara Cível da Comarca de Campo Grande.*
>
> *Paralelamente, os herdeiros (representados por Aparecida Luiza Moraes Bittencourt) ajuizaram ação de inventário nº 40/77, dos falecidos Januária de Moraes Bittencourt e Antônio de Andrade Bittencourt, isto em Bataguassu/MS, bem como ajuizaram ação de inventário nº 101/77, da falecida Maria Luiza de Moraes, em Três Lagoas/MS.*
>
> *Para "legalizar" esta segunda venda, no seio dos processos que tramitaram na 6ª Vara Cível de Campo Grande (feito nº 1.081/74 e nº 028/79), o Espólio de Maria Luiza de Moraes e os alegados possuidores Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza firmaram acordo, isso em 30.10.1979, devolvendo a posse da terra aos sucessores*

da falecida Maria Luiza, pelo valor de Cr$ 3.000.000,00, renunciando a todo e qualquer direito sobre a área de 11.929 hectares.

Ocorre, como visto, que nenhum direito Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza detinham sobre as terras, pelo que não poderiam ter disposto de bem alheio, não fosse para, em flagrante má-fé, obter benefício financeiro que se perpetuasse no tempo.

Foi o que ocorreu, já que antes mesmo de firmarem o acordo em juízo, o espólio de Maria Luiza de Moraes, a título de dação em pagamento pelo valor acordado (Cr$ 3.000.000,00), escriturou em nome de Sr. Manoel Santana de Souza, filho de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, a Fazenda Reserva com 750 ha, em 28.09.1979.

Ora, um mês antes de subscreverem o acordo, o espólio de Maria Luiza, representada por uma de suas herdeiras, já havia firmado, em flagrante simulação, escritura pública de compra e venda com os empregados de Isaac Melem, para recuperar a posse de 14.340 hectares vendidos há muito por meio de procurações em causa própria (1941 e 1942), em troca de 750 hectares, terra esta registrada em nome dos filhos dos meros detentores (ver acordo de f. 692-693 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041 e registro R.01/1934 da Matrícula nº 1934, à f. 16 dos autos nº 0550016-02.1999.8.12.0041).

No mesmo sentido, cinco meses antes da realização do acordo extrajudicial entre espólio de Maria Luiza e Joaquim, isto é, em 25.05.1979 (f. 708-711 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041) os herdeiros cederam a parte da herança que cabia a Januária de Moraes Bittencourt a Yuke Abe.

Após alguns meses, em 30.04.1980 (f. 697-700 dos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041), a parcela restante das terras recebidas a título de meação por Maria Luiza de Moraes fora cedida a Yuke Abe, que tão logo repassou a terceiros, dentre eles os apelados."

Sublinhe-se de mais a mais, que Maria Luiza de Moraes faleceu em 18/04/1942 e a aquisição da propriedade por Isaac Melem deu-se em 16/04/1958, ao passo que o inventário de Maria Luiza foi aberto somente em 16/06/1977, ou seja, decorridos quase vinte anos da compra da área por Isaac Melem e aproximadamente 35 anos do óbito de Maria Luiza. (f. 689 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041)

Assim, ainda que a área *sub judice* tenha constado nas primeiras declarações, o fato é que a inventariante não poderia tê-la arrolado, tendo em vista o anterior negócio realizado por Isaac Melem, por meio de procuração em causa própria.

Noutro vértice, o fato de o apelante não ter registrado seu título (cadeia de procuração) na matrícula dos imóveis é irrelevante, mormente porque ficou cristalino nos autos que a aquisição da área foi em momento muito anterior às alienações feitas ilegalmente pelos sucessores de Maria Luiza de Moraes, após o acordo judicial realizado com os empregados de Isaac Melem.

Até porque, reconhecer a procedência do pedido com base unicamente na matrícula do imóvel, sabendo que esta foi lavrada quase vinte anos depois da aquisição do imóvel pelo apelante, seria contribuir para a prática de ilícitos amplamente combatidos pelo Poder Judiciário. Ora, como bem examinado e detectado pelo revisor, que também o foi por este vogal, quando do falecimento de Maria Luíza e também de Januária e seu esposo, os herdeiros não detinham a posse dos bens, não sendo crível que não soubessem das alienações para, somente quase 35 anos após o falecimento da genitora, é que vislumbraram a necessidade da abertura do processo de inventário. E mais, as pessoas que estavam ocupando o imóvel – Joaquim e Agripina – empregados que eram do adquirente da área – Isaac Melem -, ingressaram com ação de usucapião

em face dos sucessores de Januária, seu esposo e de Maria Luíza, sendo que estes também ajuizaram ação reivindicatória em face deles. Vê-se ainda que antes mesmos de firmarem acordo, onde Joaquim e Agripina devolveriam a posse da área aos sucessores, o Espólio de Maria Luiza, através da inventariante entregou 750 hás ao filho de Joaquim e Agripina – Manoel -, como dação em pagamento.

Frise-se ainda que Isaac Melem, em ação de reintegração de posse (feito 045/82) proposta em face de Joaquim Nogueira de Souza e Agripina Luzia de Souza, teve o pedido julgado procedente, sendo reconhecido na sentença que os requeridos eram empregados dele e exerciam a posse como meros detentores.

Além do que, o registro em nome do apelante só não foi possível pelo fato de o mesmo ser estrangeiro e encontrar algumas restrições impostas pela legislação, conforme depoimento pessoal prestado na Ação de Usucapião por ele proposta:

> ***"Essa fazenda pertencia a Maria Luiza de Moraes e depois foi vendida a José Fonseca Simões, pai do Dr. José Simões Filho. Como não consegui registrar a escritura devido a existência da lei dos estrangeiros, a transcrição continua até hoje em nome de Maria Luiza de Moraes."*** *(*f. 191 verso – autos n. 0550016-02.1999.8.12.0041*)* - destaquei

Contudo, tal fato não é suficiente para excluir a sua condição de adquirente da área, mormente porque as provas dos autos demonstram, sem sombra de dúvidas, que o requerido foi quem primeiro adquiriu o bem em litígio.

Por essa razão, se a detenção foi exercida em caráter precário pelos empregados de Isaac Melem, por óbvio, que a transferência do bem quando do acordo com o espólio de Maria Luiza de Moraes, cujos processos tramitaram na 6ª Vara Cível de Campo Grande, também ficou maculada com esta característica, a teor do art. 492 do CC/16, que assim preceituava "*Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter, com que foi adquirida*".

Como consequência, todas as alienações realizadas após o dito acordo, ou seja, as transferências de posse realizadas de forma sucessiva até os atuais adquirentes, também foram maculadas com aludida característica (precariedade/mera detenção).

Como bem fundamentou o Revisor:

> *"Interpretação a contrario sensu deve ser realizada no caso vertente, para concluir que, nada obstante os requerentes tenham logrado o reconhecimento da boa-fé para fins de indenização das benfeitorias edificadas nas propriedades rurais, isto não autoriza o acolhimento da tese de posse justa, a fim de acolher a pretensão negatória aviada nas presentes ações petitórias, exatamente porque os títulos dominiais registrados na matrícula dos imóveis encontram-se viciados desde a origem, conforme demonstrado em linhas atrás."*

E mais, se Isaac Melem contratou empregados para zelarem pelo imóvel adquirido, por óbvio que o apelante detinha a posse do bem desde o ano de 1958.

Tanto é verdade que em seu depoimento pessoal, quando do trâmite da Ação de Usucapião, assim relatou:

> ***"Essa fazenda pertencia a Maria Luiza de Moraes e depois foi vendida a José Fonseca Simões****, pai do Dr. José Simões Filho. Como não consegui registrar a escritura devido a existência da lei dos estrangeiros, a transcrição continua até hoje em nome de Maria Luiza de Moraes.* ***O réu varão José Joaquim Nogueira de Souza, nessa época era meu empregado e trabalhava como peão no Retiro Manequinho que se localizava***

> ***na Fazenda Pouso Alegre Alto. O capataz da fazenda era José Damaceno Lima e ele me indicou o Joaquim Nogueira de Souza como pessoa apta a zelar pela nova fazenda adquirida, isto é, fazenda reserva, por isso que por volta do ano de 1957, eu o levei para a fazenda reserva, como meu empregado..."*** *(f. 191 verso – autos n. 0550016-02.1999.8.12.0041)* - destaquei

Desse modo, diante de todo o contexto fático, percebe-se que o apelante detinha a melhor posse com base no domínio.

Outrossim, não há albergar a pretensão dos autores (Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri) no sentido de que somente 70 hectares estariam inseridas nesta ação, uma vez que toda a área adquirida por Isaac Melem representava a soma das terras recebidas tanto por Maria Luiza de Moraes, a título de meação (equivalente a 2,86% da área dos autores), quanto pela quota hereditária de Januária de Morais Bittencourt (equivalente a 97,14% da área dos autores) que, juntas, totalizavam 14340 hectares, conforme Escritura de Compra e Venda de f. 682/683 dos autos 0550019-54.1999.8.12.0041, terras essas que compunham a Fazenda Reserva e outras.

De mais a mais, ainda que as terras tenham sido adquiridas de Yuke Abe, e provenientes de Januária de Morais Bittencourt e seu esposo, o fato é que toda a área adquirida por Yuke, independentemente do proprietário anterior, está viciada desde a origem, conforme já fundamentado.

Destarte, não há como prosperar os argumentos dos autores, no sentido de que somente 2,86% da área (equivalente a 70 hectares) constitui o objeto litigioso.

Pelo exposto, com relação ao recurso de apelação interposto por Isaac Melem, acompanho o e. Relator para não conhecer da matéria atinente a prescrição aquisitiva, bem como para rejeitar as seguintes preliminares: a) nulidade da decisão dos embargos de declaração, em razão do não enfrentamento das preambulares; b) Ilegitimidade passiva *ad causam* do Espólio de Isaac Melem; c) nulidade processual advinda da alteração da causa de pedir no curso do processo.

Com relação a preliminar de carência da ação, peço-lhe vênia para acompanhar o e. revisor, e conhecer das preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir, porém, rejeitá-las.

Quanto a preliminar de prescrição extintiva, também acompanho o e. Revisor para rejeitá-la.

No mérito, acompanho o revisor para julgar improcedentes os pedidos contidos nas ações n. 0550016-02.1999.8.12.0041, 0550015-17.1999.8.12.0041, 0550018-69.1999.8.12.0041 e 0550019-54.1999.8.12.0041, julgando ainda prejudicada a análise do pedido subsidiário do espólio de Isaac Melem, consistente na redução dos honorários advocatícios.

Quanto ao recurso de apelação interposto por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, acompanho em parte o e. Relator para negar-lhe provimento, julgando prejudicada a análise do outro pedido recursal de majoração da verba honorária.

Este voto segue reproduzido em todas as ações petitória nº 0550015-17.1999.8.12.0041 (ajuizado por Espólio de Kanji Kawamura), nº 0550016-02.1999.8.12.0041 (ajuizado por Alfredo Zampieri Filho, Josefina Borghetti Zampieri, Germano Zampieri Neto e Ruth de Freitas Zampieri), nº 0550018-69.1999.8.12.0041 (ajuizado por Edson Toshiyuki Ushiro, Akemi Matsuda Ushiro, Osvaldo Mituaki Ushiro e Marina Mitsuko Tateoka Ushiro) e nº 0550019-54.1999.8.12.0041 (ajuizado por Claudionor Aparecido Zampieri e Doraci Garcia Zampieri).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, quanto ao recurso de Isaac Melem, rejeitarem as preliminares, conheceram da tese de carência de ação e a rejeitaram, conheceram da prescrição extintiva e a rejeitaram, após o relator votar no mesmo sentido. No mérito, por maioria, vencido o relator, conheceram em parte do recurso e lhe deram provimento, nos termos do voto do revisor. Quanto ao recurso de Claudionor Aparecido Zampieri e outra, nos autos nº 0550019-54.1999.8.12.0041, por unanimidade, conheceram do recurso e, em parte com o relator, negaram-lhe provimento, mas julgaram prejudicada a análise do pedido de majoração honorária.

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, 14 de abril de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0803514-06.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA EMPRESA RÉ – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – ITEM DE SEGURANÇA INEXISTENTE – SISTEMA *AIR BAG* – DEVER DE INFORMAÇÃO – CONSUMIDOR INDUZIDO EM ERRO – CONDUTA ILÍCITA – DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO MATERIAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS.

I. O Juiz é o destinatário da prova, a quem incumbe decidir sobre a necessidade ou não da produção de prova pericial, aliás, sequer requerida no momento oportuno. Neste passo, entendendo que as provas produzidas nos autos são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá dispensar a produção de outras, proferindo desde logo sua decisão.

II. O consumidor tem como direito básico, segundo o art. 6º, inciso III, do CDC, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços". E essa violação ao dever de informação foi determinante para provocar os danos materiais suportados pela autora, eis que a conduta da ré infringiu o que estabelece o art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, especialmente porque há evidências nos autos de que o veículo foi adquirido com o item de segurança sistema *air bag*, que se comprovou inexistir. Ato ilícito configurado. Dano material mantido.

APELAÇÃO CÍVEL DA EMPRESA AUTORA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA– RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Segundo o enunciado da Súmula 277 do STJ, a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral (honra objetiva) quando atingida em sua imagem, credibilidade e bom nome no meio social e no mercado em que atua, situação que não se revela no caso em análise.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Empresa Marinho Agropecuária Ltda - EMA e Ford Motors Company Brasil Ltda., ambos qualificados nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, que a primeira nominada promove contra a segunda, irresignados com a sentença de parcial procedência proferida pelo juízo *a quo* (f. 254-259), interpuseram recurso de apelação objetivando sua reforma.

A empresa ré, Ford Motors Company Brasil Ltda., em suas razões de apelo (f. 264-282), suscita em sede preliminar o cerceamento de defesa e violação ao princípio do contraditório, porquanto o julgador de primeiro grau proferiu decisão de mérito sem determinar a realização de prova pericial e, não obstante tenha determinado a realização de auto de constatação do veículo objeto da demanda, o fez à revelia da ré.

Refere que tomou conhecimento da vistoria realizada somente com a prolação da sentença, eis que não houve intimação das partes para manifestação acerca do laudo de constatação confeccionado pelo Oficial de Justiça.

Defende que a vistoria realizada é incompleta, porque deixou de analisar se o veículo possuía as bolsas de *air bag* instaladas e se eram os indicadores do sistema originais de fábrica, razão ela qual o acompanhamento de engenheiro indicado era de extrema necessidade.

Sustenta que a modificação da carroceria do veículo ocasionou a alteração da originalidade de fábrica e que, por consequência do acidente relatado na inicial, a apelada procedeu o reparo no veículo, e eventual substituição de peças, impossibilitando averiguar se as características originais foram alteradas.

Alega que a alteração nas características originais do veículo é fato novo, que merecia ser levado ao conhecimento das partes, de modo que, a falta de abertura de prazo para as partes exercerem o contraditório e a ampla defesa constitui flagrante afronta a princípios constitucionais.

Noutro enfoque, pugna, ainda, pela reforma da decisão na parte em que a condenou no ressarcimento de valor correspondente ao abatimento do preço do *air bag*, seja porque não restou demonstrada sua inexistência, seja porque o valor trazido pela parte autora não corresponde a realidade dos fatos.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do apelo para reconhecer o cerceamento de defesa e, no mérito, julgar improcedente a pretensão relativa aos danos materiais. Subsidiariamente, pugna pela nulidade da sentença para que seja produzida prova pericial.

A empresa autora também aviou recurso de apelação (f. 284-292), sustentando que o dano moral que suportou restou comprovado através da prova testemunhal produzida, razão pela qual pugna pela condenação da ré no pagamento da quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a esse título.

Requer, assim, o provimento do recurso para reformar a sentença na parte ora atacada.

Intimadas (f. 295), somente a empresa ré apresentou resposta aos recursos da *ex adversa* (f. 296-309), pugnando pela manutenção da sentença (f. 453-463). A parte autora deixou transcorrer *in albis* o prazo para contrarrazões (f. 317).

VOTO

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

Como relatado, tratam-se de recursos de apelação interpostos por Empresa Marinho Agropecuária Ltda - EMA e Ford Motors Company Brasil Ltda., nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, que a primeira nominada promove contra a segunda, objetivando a reforma da sentença que acolheu

em parte os pedidos iniciais e condenou a empresa ré na restituição, em favor da autora do valor de R$ 6.936,87 (seis mil, novecentos e trinta e seis reais e oitenta e sete centavos), devidamente corrigido pelo IGPM desde a data de aquisição do veículo e juros de mora de 1% ao mês, calculado a partir da citação.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos e passo à análise de seus fundamentos, o que faço separadamente e por ordem de prejudicialidade.

Do recurso da empresa ré

1. Preliminarmente: Cerceamento do direito de defesa

A fabricante suscitou, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão do cerceamento do direito de defesa, na medida em que o julgador, a despeito de ter procedido a vistoria do veículo objeto da demanda, não possibilitou fosse acompanhada pelo engenheiro indicado pela ré, tampouco intimou as partes para sobre ele se manifestar.

De igual modo, sustenta que houve cerceamento de defesa em razão da necessidade de produção de prova pericial a fim de atestar a inexistência do sistema de *air bag*, que configura o objeto da demanda.

Razão não lhe assiste neste aspecto.

Primeiramente porque a inexistência do *air bag* é incontroversa, na medida em que a própria ré afirma em contestação que *"o veículo em questão não possui sistema air bag" (f. 95).*

Ao contrário do que defende, a *"*Constatação*"* realizada por Oficial de Justiça, teve como escopo averiguar a existência de indicativos de *air bag* no painel, tanto do motorista quanto do passageiro, tal qual determinado pelo julgador de primeiro grau à f. 220-221, quando da realização da audiência de conciliatória, na qual também restaram fixados os pontos controvertidos.

Nota-se que na referida sessão se faziam presentes as partes e seus procuradores, os quais quedaram-se inertes, tampouco aviaram recurso contra a aludida decisão.

De igual modo, observa-se que realizada a audiência de instrução e julgamento, foi oportunizada manifestação das partes acerca das provas produzidas, preferindo a ré oferecer alegações finais remissivas.

Relativamente ao laudo de constatação tem-se que os atos do Oficial de Justiça gozam de fé-pública e presunção de veracidade *iuris tantum*, razão pela qual seria necessária prova hábil para demonstrar o contrário meio de prova este não requerido pela parte ré no momento oportuno.

Ademais, a referida vistoria, como dito, resumiu-se a averiguar o exato ponto controvertido fixado pelo julgador do feito (f. 220-221), cuja decisão, repita-se, não foi contrariada pelas partes.

Se isso não bastasse, não há que se falar em cerceamento de defesa quando o Juízo entende-se satisfeito com as provas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a produção de outras provas.

Como cediço, é o Juiz o destinatário da prova, pelo que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não da produção de prova pericial, aliás, sequer requerida no momento oportuno.

Neste passo, entendendo que as provas produzidas nos autos são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Ainda, pode o juiz entender, segundo seu arbítrio sobre o conjunto probatório, que as provas requeridas não serão úteis ao processo.

Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato[1]:

> *"Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (da mihi facto, dabo tibi ius). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais."*

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho[2]:

> *"O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ou ocorrendo a revelia (art. 330, II)*
>
> *(...)*
>
> *O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa. "*

Nesta trilha, se o magistrado de primeiro grau entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente comprovados, tornando-se desnecessária a produção de mais provas, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pela ausência de prova pericial, e, por via de consequência, em nulidade da sentença.

Diante de tais circunstâncias, considerando-se que efetivamente não se apresentava necessária a realização de outras provas, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e passo ao exame do mérito.

Rejeito, pois, a preliminar recursal.

2. Do Mérito

A presente ação tem como fundamento a aquisição pela empresa autora de veículo de fabricação da empresa ré, que, segundo consta da inicial, dentre outros equipamentos, deveria conter o item de segurança conhecido como *air bag*, ante a indicação do sistema para acionamento deste item de segurança, inclusive no painel do veículo.

Extrai-se ainda da exordial que, o referido veículo foi objeto de sinistro, quando se constatou que as bolsas do *air bag* não estavam instaladas no veículo.

Diante desse contexto, pugna pela reparação dos prejuízos materiais, porquanto o equipamento, à época não era item obrigatório e, portanto, acresceu cerca de 8% (oito por cento) no custo do veículo, bem como dos danos morais suportados.

1 **Código de Processo Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas. 2004, pág. 983.

2 **Direito Processual Civil Brasileiro.** 14ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 169-170.

Sobreveio sentença que condenou a empresa ré na restituição, em favor da autora do valor de R$ 6.936,87 (seis mil, novecentos e trinta e seis reais e oitenta e sete centavos), devidamente corrigido pelo IGPM desde a data de aquisição do veículo e juros de mora de 1% ao mês, calculado a partir da citação.

Irresignada, a parte ré aviou o presente recurso de apelação sustentando que a modificação da carroceria do veículo ocasionou a alteração da originalidade de fábrica e que, por consequência do acidente relatado na inicial, a apelada procedeu o reparo no veículo, cuja eventual substituição de peças, impossibilita averiguar se suas características originais foram alteradas.

Alega que a alteração nas características originais do veículo é fato novo, que merecia ser levado ao conhecimento das partes, de modo que, a falta de abertura de prazo para as partes exercerem o contraditório e a ampla defesa constitui flagrante afronta a princípios constitucionais.

Noutro enfoque, pugna, ainda, pela reforma da decisão na parte em que a condenou no ressarcimento de valor correspondente ao abatimento do preço do *air bag*, seja porque não restou demonstrada sua inexistência, seja porque o valor trazido pela parte autora não corresponde a realidade dos fatos.

A presente ação tem como causa de pedir a inexistência de sistema de *air bag* em veículo Ford Ranger XL CD4, de fabricação da ré, adquirido novo pela empresa autora.

Extrai-se da inicial que no momento da aquisição o consumidor foi informado que o veículo possuía o referido sistema, tratando-se item de segurança não obrigatório à época. Entretanto, após um sinistro que ocasionaram avarias no veículo, constatou-se que o bem não continha as bolsas necessárias ao acionamento do sistema *air bag*.

Em contestação, a parte ré reconhece que o modelo do veículo adquirido pela autora não contém de fábrica o sistema *air bag*, afirmando que à época da aquisição tratava-se de item opcional, cuja obrigatoriedade se deu a partir de 2014, por meio da Resolução 311 do CONTRAN.

Portanto, a inexistência do sistema nos autos passou a ser incontroversa, razão pela qual, ao fixar os pontos controvertidos da lide, o julgador de primeiro grau estabeleceu: *1) Se o consumidor, no momento da aquisição do veículo, foi submetido a elementos que o fizeram acreditar que o air bag era item existente no objeto comprado; 2) Se a empresa informou ou de alguma outra maneira esclareceu ao consumidor antes da aquisição, que o veículo não dispunha de bolsas de air bag e 3) Se na época da aquisição o item de segurança era obrigatório* (f. 220).

Diante dessas premissas, incumbia à empresa ré produzir provas do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, na forma do art. 333, II, do Código de Processo Civil, c/c com o art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, afinal, trata-se de clara relação de consumo.

E, no particular, como bem ponderado pelo Julgador de primeiro grau, *"A prova constante nos autos, mormente o auto de constatação de pág. 240/340, revela que "no volante está grafado a palavra AIRBAG juntamente com a figura da buzina. No painel do lado do passageiro, acima do porta luva do caro, também está grafado a palavra AIRBAG. Também há informação indicativa de que o veículo possui AIRBAG no velocímetro"* (f. 256).

Aliado a isso está a declaração do consultor técnico da seguradora responsável pelo custeio do reparo do veículo sinistrado que, à f. 62, informou a ausência de instalação das bolsas *air bag* no volante e painel.

Ora, é evidente que a empresa autora foi induzida a acreditar que o veículo que adquirira possuía sistema *air bag*, afinal, se reconhecido pela ré que se tratava de item opcional à época, cujo modelo adquirido

não continha tal sistema de segurança de fábrica, evidente que haveria necessidade de estar grafada a palavra *air bag* no volante e painel, muito menos haveria indicativo eletrônico no velocímetro.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 30 estabelece que *"toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio e comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado"*.

O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, inc. XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. III, do CDC), sendo, conforme decisão do STJ da lavra do Min. Antonio Herman Benjamin, citada por Cláudia Lima Marques e outros autores, uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-Fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC (REsp. 586.316/MG).[3]

A empresa ré assim não agiu, permitindo se conclua que incorreu em falha na prestação de seu serviço, especialmente quanto à obrigação de prestar suficientes informações sobre o item de segurança inexistente no veículo objeto da demanda, que à época da aquisição, era item opcional e, portanto, acarretava a majoração do preço final do produto.

Nem há se falar em fato novo ante a constatação de que o veículo teve a caçamba da carroceria alterada para madeira, conforme fotografia de f. 245. A modificação citada, em nada influencia na controvérsia existente nestes autos, que se refere à inexistência das bolsas do sistema *air bag* que deveriam estar instaladas no painel frontal do automóvel.

Assim, nenhum reparo merece a sentença na parte em que acolheu o pedido de reparação do dano material, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Quanto ao valor do ressarcimento correspondente a inexistência de *air bag* no veículo, melhor sorte não aguarda a empresa ré.

Embora tivesse meios de contrariar o valor indicado pela empresa autora referente ao custo do item, afinal fabrica e revende tais modelos, que à época era opcional ao consumidor, quedou-se inerte, deixando de impugnar especificamente o prejuízo material da consumidora.

Assim, igualmente merece ser mantida a decisão recorrida quanto a condenação no valor de R$ 6.936,87 (seis mil, novecentos e trinta e seis reais e oitenta e sete centavos), correspondente ao abatimento do preço do sistema *air bag*, inexistente no veículo adquirido pela empresa autora.

Diante desse contexto, nego provimento ao recurso da parte autora, mantendo a sentença vergastada na parte atacada, por seus próprios fundamentos.

Do recurso da empresa autora

Inconformada com a parte da sentença que julgou improcedente o pedido de reparação do dano moral, a parte autora aviou o presente recurso.

Defende que o dano moral suportado restou comprovado através da prova testemunhal produzida, razão pela qual pugna pela condenação da ré no pagamento da quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a esse título.

Sem razão.

3 **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 3ª ed., 2010, p. 248.

O julgador em primeiro grau julgou improcedente o pedido indenizatório a título de dano moral, ao argumento de que a empresa autora não comprovou que foi submetida a constrangimento que atentasse contra sua imagem e reputação.

Segundo o enunciado da Súmula 277 do STJ, a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral (honra objetiva) quando atingida em sua imagem, credibilidade e bom nome no meio social e no mercado em que atua.

E como bem ponderado pelo julgador de instância singela, *"mesmo que tenha sofrido transtornos com a ausência de item de segurança, que acreditou constar no veículo adquirido, sua reputação foi mantida no estado natural perante a comunidade"* (f. 258).

Nem as testemunhas que arrolou, José Francisco Massoneto e Carlos Alexandre Sampaio da Silva, foram capazes de demonstrar qualquer abalo moral da empresa autora, resumindo-se a relatar sobre a ocorrência do acidente em si, a indicação do sistema *air bag* no painel do veículo e a inexistência das bolsas do referido item de segurança.

Sequer o acidente envolvendo o veículo objeto da demanda e um de seus funcionários, gerou qualquer transtorno além de prejuízos materiais, decorrentes da colisão em si, cuja inexistência do item de segurança, felizmente, não agravou o dano.

Logo, a situação relatada nos autos por si só, não enseja a condenação por danos morais, pois embora desconfortável, é classificada como mero aborrecimento, situação que não entrega o rol daquelas passíveis de indenização.

Diante desse cenário, e considerando que a inexistência de sistema *air bag* no veículo de sua propriedade não atingiu sua imagem, credibilidade e bom nome no meio social e no mercado em que atua, correta a decisão de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, razão pela qual nego provimento ao apelo da parte autora.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos por Empresa Marinho Agropecuária Ltda - EMA e Ford Motors Company Brasil Ltda., porém, nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada por seus próprios fundamentos.

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. 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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0045791-38.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAL – CIRURGIA PLÁSTICA – RINOPLASTIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DEVIDA – REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NOS AUTOS – RESPONSABILIDADE MÉDICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – FATORES EXTERNOS A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL – NEXO CAUSAL AFASTADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Conforme a doutrina e a 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.

Em se tratando de procedimento cirúrgico estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional, pois assim sendo demonstrado, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretenso prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.

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

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Israel Ribeiro Rosa, nos autos de ação de indenização por danos morais c/c dano estético c/c dano material com pedido de antecipação de tutela, de nº 0045791-38.2007.8.12.0001, em que contende com Mara Martins de Barros.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – trata-se de cirurgia plástica de caráter estético, tendo assim obrigação de resultado, no entanto não aplicou a regra da inversão do ônus da prova prevista no CDC, muito embora submetido a um segundo procedimento cirúrgico a fim de reparar o primeiro procedimento;

2 – a não obtenção do resultado estético pretendido demonstra a inexecução da obrigação ,e culmina na inversão do ônus da prova, pois através da fotografias acostadas, verificou-se que o nariz ficou pior esteticamente;

3 – a recorrida agiu com culpa, pois cabia à mesma comprovar que tomou todos os cuidados e cautelas necessárias para o proveito da cirurgia fosse o melhor possível, alertando-o para problemas com acne e que sua ocorrência poderia interferir no resultado estético pretendido, havendo violação ao dever de informar previsto no código consumerista;

4 – a comprovação da capacidade técnica e aptidão para a realização de cirurgias plásticas não exime a requerida do dever de indenizar, haja vista tratar-se de obrigação de resultado; e

5 – há necessidade de prequestionar os artigos 6º, incisos III e VIII, do CDC, e 14, *caput* e § 4º, ambos do CDC.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente recurso, a fim de reformar a sentença aplicando a inversão do ônus da prova e condenar a recorrida a indenizar por danos materiais, morais e estéticos advindos da sua conduta (p. 401-409).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (p. 414-426).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Israel Ribeiro Rosa, nos autos de ação de indenização por danos morais c/c dano estético c/c dano material com pedido de antecipação de tutela, de nº 0045791-38.2007.8.12.0001, em que contende com Mara Martins de Barros.

O apelante sustenta que se cuida de cirurgia plástica de caráter estético, tendo assim obrigação de resultado, no entanto não aplicou a regra da inversão do ônus da prova prevista no CDC, muito embora submetido a um segundo procedimento cirúrgico a fim de reparar o primeiro procedimento; a não obtenção do resultado estético pretendido demonstra a inexecução da obrigação, e culmina na inversão do ônus da prova, pois através da fotografias acostadas, verificou-se que o nariz ficou pior esteticamente; a recorrida agiu com culpa, pois cabia à mesma comprovar que tomou todos os cuidados e cautelas necessárias para o proveito da cirurgia fosse o melhor possível, alertando-o para problemas com acne e que sua ocorrência poderia interferir no resultado estético pretendido, havendo violação ao dever de informar previsto no código consumerista; a comprovação da capacidade técnica e aptidão para a realização de cirurgias plásticas não exime a requerida do dever de indenizar, haja vista tratar-se de obrigação de resultado; e há necessidade de prequestionar os artigos 6º, incisos III e VIII, do CDC, e 14, *caput* e § 4º, ambos do CDC.

1 – Como é cediço, aquele que se submete a procedimento cirúrgico está interessado diretamente no resultado, qual seja, a melhora em seu aspecto estético. Da cirurgia de rinoplastia, surge a obrigação indenizatória pelo resultado caso não alcançado.

Segundo ensina Sérgio Cavalieri Filho, *"no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afetar o seu dever de indenizar"* (Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 370).

Como corolário da responsabilidade de resultado do médico, decorre que: I) o ônus da prova deve ser invertido; e II) o uso da técnica adequada não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento da obrigação. (REsp 1395254/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013). Ou seja, cumpre ao médico demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia (REsp 1180815/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010).

Ainda nessa senda:

> *AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO 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. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático- probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido.* (AgRg nos EDcl no AREsp 328.110/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 25/09/2013)

A obrigação médica de resultado, entrementes, não converte a típica responsabilidade subjetiva do profissional liberal em objetiva, sendo possível inversão do ônus da prova da culpa Arts. 6º, VIII, c.c. 14, § 4º, do CDC, isto porque, cristalina a hipossuficiência técnica do autor, alheia às particularidades inerentes ao exercício da medicina, contudo, não implica esta certeza em vitória, muito menos torna possível a condenação de alguém sem um razoável juízo de certeza acerca da culpa imputada.

2 – Pois bem, destaco que o fato de a cirurgia plástica ser considerada obrigação de resultado não basta para o acolhimento dos pedidos iniciais e sequer é possível dizer, como faz o apelante, que sua pretensão indenizatória tem amparo na atuação culposa da recorrida, ao deixar de alertar para problemas como acne e que sua ocorrência poderia interferir no resultado estético pretendido, violando o dever de informar previsto no código consumerista.

Compulsando os autos, verifico a existência de prova robusta de que a obrigação foi cumprida, a médica não agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) e ocorreu uma excludente de responsabilidade – caso fortuito, sendo a perícia técnica, efetivada através da cautelar de produção de prova antecipada, autos nº 001.06.047383-6, em apenso, essencial para a compreensão da questão, pois demonstra que possível irregularidade decorreu de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

Convém ressaltar, inclusive, que o fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de

serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil. (REsp 120.647/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 15/5/2000)

O apelante estava ciente dos riscos da operação, inerente a qualquer intervenção cirúrgica e, embora maior, estava acompanhado de sua genitora, que também se submeteu a outra espécie de intervenção (p. 203-215), havendo a possibilidade de serem necessários retoques para obtenção do resultado desejado, como de fato ocorreu, e de que estes resultados poderiam ser diferentes dos esperados, o que não leva à conclusão de que os serviços cirúrgico foi tido como frustrado.

O fato de a cirurgia plástica ser considerada obrigação de resultado significa, apenas, que através dela se contrata um resultado específico – devendo este ser considerado de acordo com as informações estipuladas no contrato e com o padrão possível para determinada circunstância.

Deixando o apelante de comprovar minimamente a negligência, a imperícia ou a imprudência da ré no procedimento operatório, ou pós-operatório, caracterizadora do nexo causal de irregularidade estética e em descompasso com o ajuste firmado entre as partes (p. 18), inviável a conclusão diversa da sentença, ainda que aplicada a inversão do ônus da prova, não sendo a devolução dos valores pagos (p. 22 e 59) motivo eficiente para reconhecer eventual erro da prestação do serviço.

A fim de corroborara com a ausência de demonstração de nexo causal por parte do autor, colho as seguintes passagens da perícia:

> *"(...) Pela satisfação manifestada pelo periciado, há a possibilidade de novo tratamento cirúrgico visando atender às suas expectativas.*
>
> *Apesar de não existirem alterações estéticas acentuadas que, tecnicamente falando, exijam procedimentos maiores, considerando que o gosto estético do periciado é pessoal e pode ser objeto de alcance através de novo procedimento cirúrgico, é possível a manipulação do arcabouço nasal e remodeladamento do perfil atual, visando a elevação da ponta nasal, contudo, sem garantias de que suas expectativas sejam alcançadas.*
>
> *Podem causar problemas de ordem neurológicas ou psicológicas? Se sim, qual o tratamento?*
>
> *De ordem neurológica, não.*
>
> *Quanto a aspectos psicológicos, não há nenhum embasamento concreto para se responder a um quesito de ordem completamente subjetiva como este.*
>
> *(...)*
>
> *Do ponto de vista eminentemente técnico, as alterações são bastante modestas, em comparação com o quadro original apresentando no processo através das fotografias, que pelo histórico evolutivo declarado pelo periciado e que consta do processo, não foi decorrente do ato cirúrgico, mas sim de uma intercorrência causada pelo aparecimento imprevisto e indesejado de processo inflamatório no local.*
>
> *(...)*
>
> *A intercorrência deixou alterações estéticas mínimas, se compararmos os resultados com o nariz original.*
>
> *(...)*
>
> *Haverá necessidade de intervenção cirúrgica? Qual ou quais? Sim, se o SUS cobre e quais os custos?*

> *A necessidade é diretamente proporcional às expectativas e vontade pessoal do periciado.*
>
> *Neste caso, a proposta cirúrgica deverá se basear em correção de pequenos pontos cicatriciais em linhas de suturas em asas nasais, de mínima percepção, bem como de nova enxertia de cartilagem para promover a elevação da ponta do nariz, repetimos, apenas porque é do gosto pessoal do periciado, não havendo anomalia anatômica deformante que exija correção funcional.*
>
> *Procedimentos deste tipo são de natureza estética, portanto, não sendo custeados pelo SUS ou por qualquer convênio médico (lei 9656/98 – ANS).*
>
> *(...)*
>
> *Em resumo, o que de fato ocorreu foi uma reação adversa a um processo inflamatório simples e corriqueiro denominado de acne, que não é tão frequente quando em concomitância a um procedimento cirúrgico de rinoplastia, mas que ocorre com maior frequência quando em território acentuadamente oleoso como é o nariz, em especial este que é bastante rico de glândulas sebáceas, fato este que tendo ocorrido, acarreta nas exatas consequências evidenciadas neste exame pericial, mas que podem ainda, a critério único e exclusivo do periciado, serem alvo de nova tentativa de correção estética, salvaguardadas as possibilidades de intercorrências imprevisíveis e não preveníveis, como as que ocorreram." (p. 82-87).* Destacado

O auxiliar do perito judicial, Dr. César Aníbal Aguiar Benavides, médico conceituado no âmbito da Cirurgia Plástica, assim concluiu acerca do tema:

> *"Conclusão*
>
> *Fotografia de pré e pós-operatório de rinoplastia.*
>
> *Após a comparação do antes e depois, verifica-se melhora incontestável.*
>
> *As cicatrizes, em qualquer cirurgia não desaparecem; tornam-se tênues ao passo de anos, ou são posicionadas em áreas estratégicas do corpo, Dependem das características individuais de cicatrização de cada paciente. A decisão por realizar uma cirurgia implica na maturidade do convívio com cicatrizes, por vezes iconspícuas e inaperceptas, em troca da melhora do aspecto anatômico. Todavia existe um limite para a "melhora", determinado por expectativas, características pessoais e até étnicas. Um exemplo clássico disso é o nariz asiático, caracteristicametne pequeno que não pode ser transformado em um nariz anglo-saxônico. Da mesma forma, um nariz negróide não pode ser transformado em um nariz grego (neste o dorso nasal é quase uma continuação da fonte). Eventos que ocorrem em um pós operatório e até durante a cirurgia podem ser previsíveis, todavia às vezes inevitáveis (exemplos: infecção, formação de calo ósseo). Para cada desvio da cicatrização existe um tratamento diferente"* (p. 89-90).

Acerca das cicatrizes, o perito auxiliar ainda esclareceu que:

> *"Após a comparação do antes de depois, verifica-se melhora incontestável. As cicatrizes, em qualquer cirurgia não desaparecem; tornam-se tênues ao passo de anos, ou são posicionadas em áreas estratégicas do corpo. Dependem das características individuais de cicatrização de cada paciente. A decisão por realizar uma cirurgia implica na maturidade do convívio com cicatrizes por vezes inconspícuas e inaperceptas, em troca da melhora do aspecto anatômico."* (p. 89).

Conforme consignado na sentença, a capacidade técnica da recorrida e a sua aptidão para realização de cirurgias plásticas foram comprovadas pelos documentos da p. 70-78, e pelo ofício da p. 49 do respectivo conselho de classe profissional.

Ora, as considerações dos médicos ouvidos são claras no sentido do uso da técnica correta para o caso, a limitação estética para determinadas alterações e a subjetividade no estabelecimento de um padrão, que incumbe critério único e exclusivo do autor, conjugada a possibilidade de reação adversa a um processo inflamatório simples de acne, que não é tão frequente quando em concomitância a um procedimento cirúrgico de rinoplastia, mas que pode ocorrer com maior frequência quando em locais acentuadamente oleoso.

Por seu turno, a qualificação da ré também confirma sua capacidade técnica e experiência na área, o que, por conseguinte, afasta as assertivas de ausência de cuidados e cautelas necessárias para o proveito da cirurgia fosse o melhor possível, sendo o aparecimento de acne e sua interferência no resultado estético pretendido decorrência da reação do organismo do paciente.

Ademais, voltando-se para as fotografias das p. 12-14 a apontada agravamento estética do nariz, efetivamente não procede, isto porque, o resultado aguardado pelo autor extrapola o mero resultado, pois alcança a herança étnica do paciente e serve para abalizar as possibilidades de alterações estéticas, sendo evidente, ao meu sentir, a diferença após a cirurgia e a clara regularidade na alteração, sem denotar qualquer falha, ou anormalidade, mas tão somente respeitando a assimetria de cada face, tão bem esclarecida pelos peritos.

Nessa senda:

> *EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - CIRURGIA PLÁSTICA - REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NOS AUTOS REALIZADA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PELOS SEUS FUNDAMENTOS. Não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.* (TJMS - Relator(a): Des. João Maria Lós; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/01/2015; Data de registro: 28/01/2015 - 0002659-89.2012.8.12.0021)

> *ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NATUREZA ESTÉTICA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. 1. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS FL. 0002659-89.2012.8.12.0021 fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente-, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ. 2. Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. 3. Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretenso prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.* Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.10. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ Resp 1.269.832/RS. Rel. Min. Castro Meira. DJe 13.09.11) Destacado

> *RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de consentimento informado, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento.* (REsp 1180815/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010) Destacado

Diante do exposto, dou provimento em parte ao recurso de apelação para reconhecer a inversão do ônus da prova, contudo, mantenho o julgamento de improcedência da demanda inicial pelas razões elencadas, confirmando a condenação em custas e honorários advocatícios na forma estabelecida em primeiro grau.

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. 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. Vilson Bertelli e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801405-87.2013.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA C/C MANUTENÇÃO DE CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIA – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – INCLUSÃO DA ESPOSA TAMBÉM FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO DEPENDENTE DO SEU ESPOSO – ASSOCIADO TITULAR – APLICAÇÃO DAS REGRAS CONSUMERISTAS - RECURSO IMPROVIDO.

A negativa de manutenção de cônjuge, também servidora pública, como beneficiária do seu esposo, associado titular, fere as regras do Código de Defesa do Consumidor e em especial o princípio constitucional da igualdade, eis que concede a alguns sócios mais vantagens do que a outros.

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, 30 de junho de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e manutenção de beneficiária de n.0801405-87.2013.8.12.0029 em que contende com Luiz Carlos Gomes de Lima, Cleunice Gonçalves de Lima, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 - os autores requerem a permanência da cônjuge como dependente natural do plano de saúde do qual o requerente Luiz Carlos é titular, porém o pleito não procede;

2 - para condição de dependente a pessoa não pode ser servidor público estadual ou municipal casados entre si, pois somente o servidor tem o direito de ter o plano de saúde CASSEMS, tendo em vista que este não se comercializa;

3 - a titularidade do plano de saúde se dá pelo vínculo empregatício e, mesmo sendo os autores casados entre si, a condição de cada um é de titular, assim, a única forma da autora permanecer é mediante contribuição, na categoria de titular;

4 - o apelado ao aderir ao plano de saúde assinou termo de adesão em que consta expressamente que concorda com as normas previstas, devendo assim se submeter a seu Estatuto, em especial as regras contidas no art. 4°, I do Regulamento do Plano de Beneficiários, que determina a forma prevista em lei para a inclusão de companheiros em união estável.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

O apelo foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nestes autos de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e manutenção de beneficiária, ajuizada por Luiz Carlos Gomes de Lima e Cleunice Gonçalves de Lima.

Na sentença, o magistrado declarou a abusividade da Resolução Normativa nº 12/2003, editada pelo Conselho de Administração da CASSEMS e determinou a manutenção da autora Cleunice Gonçalves de Lima como dependente natural de Luiz Carlos Gomes de Lima, na condição de esposa.

A apelante afirma que a sentença recorrida afronta as regras internas da associação recorrente, bem como que, para condição de dependente, a pessoa não pode ser servidor público estadual ou municipal casados entre si, já que a titularidade do plano de saúde se dá pelo vínculo empregatício e, mesmo sendo os autores casados entre si, a condição de cada um é de titular, assim, a única forma da autora permanecer é mediante contribuição, na categoria de titular.

Pois bem.

A meu ver, a sentença não merece reparo.

A Caixa de Assistência dos Servidores Públicos de Mato Grosso do Sul – CASSEMS, ora apelante, é pessoa jurídica de direito privado, com fins assistenciais não lucrativos, cujo objetivo é a assistência à saúde dos servidores estaduais.

À luz das disposições constantes em seu Estatuto, infere-se que a associação apelante possui um sistema de autogestão, cuja filiação é facultativa e dependente de retribuição pecuniária, consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. CONTRIBUIÇÃO PARA ASSISTÊNCIA À SAÚDE. COMPULSORIEDADE. DESCABIMENTO. PRETENSÃO AO BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE INDEPENDENTEMENTE DO PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A contribuição para a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, não tem natureza tributária e, pois, cogente. Decorre da livre adesão dos interessados, da mesma maneira como acontece com os diversos planos de saúde que têm sempre natureza complementar. Não estão, portanto, os servidores públicos estaduais obrigados a contribuir.*
>
> *2. Se, por um lado, não pode a Caixa de Assistência exigir dos servidores públicos estaduais, compulsoriamente, o pagamento de contribuições - que depende da livre adesão*

> *de cada servidor - de outro, não está obrigada a prestar serviços a quem não contribui para o custeio das ações desenvolvidas por essa entidade.*
>
> *3. Recurso improvido.*(RMS 15.681/MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 294)

Não fosse isso, impende registrar que a relação firmada entre as partes é regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de relação de consumo.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA – AGRAVO – PLANO DE SAÚDE – CASSI – INSTITUIÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS – OPERADORA DE PLANO FECHADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DO TIPO AUTOGESTÃO - RELAÇÃO CONSUMERISTA – APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO ART. 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO IMPROVIDO. A ausência de finalidade lucrativa não é elemento suficiente para afastar a aplicação da legislação consumerista no caso, uma vez que o art.3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor é expresso ao definir fornecedor como toda pessoa jurídica, sem qualquer exceção, que desenvolva a atividade, dentre outras, de prestação de serviço. Ainda que plano de saúde fechado aos funcionários da entidade, ele é ofertado aos beneficiários em livre concorrência com outras operadoras de plano de saúde existentes no mercado, devendo assim ser mantida a igualdade de tratamento entre elas, fechadas ou abertas, em especial pela aplicação do regramento consumerista e a integral proteção deste funcionário, consumidor, na contratação de todo e qualquer plano de saúde. (...)"* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.005001-9/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. J. 17.05.2012)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – ENTIDADE DE AUTOGESTÃO – SUJEIÇÃO DO CDC – FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO LUCENTIS – DROGA RECONHECIDA PELA ANVISA E DE ÍNDOLE NÃO EXPERIMENTAL – CLÁUSULA CONTRATUAL NÃO APLICÁVEL – OBRIGAÇÃO DA CASSI DE DAR COBERTURA AO TRATAMENTO E FORNECER O MEDICAMENTO PRESCRITO POR MÉDICO ESPECIALISTA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *As relações entre as administradoras de planos de saúde e seus participantes estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, ainda que o plano seja operado por associação, na modalidade de autogestão."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.009072-1. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson. J. 17.4.2012)

A matéria, inclusive, foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, que aprovou a Súmula 469, veja-se: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

Logo, indene de dúvidas a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso vertente.

Diante das normas e princípios que regem o presente litígio, tem-se que a conclusão alcançada pelo juízo sentenciante, qual seja, de que o fato de a autora também possuir a condição de titular, não impede seja a mesma incluída como beneficiária do autor, posto que não se pode obrigar uma pessoa a se associar a um plano de saúde somente porque ela se encaixa na condição de titular, não merece qualquer reforma.

As normas consumeristas vedam qualquer estipulação contratual abusiva, disciplinando em seu art. 51, inciso IV, que as cláusulas que *"estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade"* são abusivas e nulas de pleno direito.

Na hipótese dos autos, a vedação perpetrada pela associação apelante, no sentido de exigir que a demandante Cleunice Gonçalves de Lima, na qualidade de servidora pública estadual não seja dependente mas somente titular em razão desta circunstância, não merece qualquer guarida, por criar, unilateralmente, uma vantagem exagerada em favor da operadora do plano em detrimento da consumidora.

Frisa-se que o fato de a vedação de um funcionário público ser dependente de outro no plano encontrar-se prevista no Manual do Beneficiário desde à época da criação da apelante não a socorre, em decorrência da expressa determinação do CDC no sentido de que *"as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão"*.

Assim, a apelante não se desincumbiu do seu dever de informar com clareza, em inequívoca desobediência ao princípio da transparência (art. 4°, *caput*, CDC), infringindo-se também o princípio da boa-fé objetiva do qual decorre o dever de informação. Dessa maneira, a cláusula limitativa, ainda que convencionada, não possui força para alcançar o consumidor, não podendo a operadora do plano de saúde, com base nela, escusar-se de proporcionar os seus serviços à apelada, ainda que na condição de associada beneficiária de seu marido.

Diante destes fundamentos, a conduta unilateral da apelada, além de afrontar o princípio da isonomia por tratar de forma diversa o cônjuge que é servidor público somente por essa condição e sem razão dessa diferenciação, viola também o que dispõe o inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei Federal n. 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, verbis:

> *"Art. 13.*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:*
>
> *I – (...)*
>
> *II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o qüinquagésimo dia de inadimplência;"*

Sobre a matéria, seguem precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - CASSEMS - INCLUSÃO DA ESPOSA TAMBÉM FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO BENEFICIÁRIA DO SEU ESPOSO, ASSOCIADO TITULAR - APLICAÇÃO DAS REGRAS CONSUMERISTAS - RECURSO IMPROVIDO. I. A negativa de inclusão de cônjuge, também servidora pública, como beneficiária do seu esposo, associado titular, fere as regras do Código de Defesa do Consumidor e em especial o princípio constitucional da igualdade, eis que concede a alguns sócios mais vantagens do que a outros. II. Recurso a que se nega provimento.* (Relator(a): Des. João Maria Lós; Comarca: Anastácio; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2014; Data de registro: 22/11/2014; Outros números: 80049270201281200525000)

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE CASSEMS - MANUTENÇÃO DA FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO BENEFICIÁRIA DE SEU MARIDO QUE TAMBÉM É SERVIDOR PÚBLICO - CLAÚSULA PROIBITIVA - ESCRITA SEM CLAREZA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

As cláusulas dos contratos de saúde devem estar de acordo com CDC, com respeito às formas de interpretação e elaboração contratuais a fim de evitar desequilíbrios entre as partes, principalmente em razão da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. Como a apelada não cumpriu com o seu dever em informar com clareza o consumidor, não pode ele ser abrangido por cláusula limitativa, ainda que convencionada. (TJMS. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível n. 2009.000111-9/0000-00 - Campo Grande. Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade. J. 15/01/2010).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – ALTERAÇÃO UNILATERAL PARA EFEITO DE QUALIFICAÇÃO COMO DEPENDENTE – ABUSIVIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE – CASSEMS – PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS – ASSOCIAÇÃO – APLICAÇÃO DOS ART. 54, II, E ART. 59, II, DO CÓDIGO CIVIL – VÍCIO FORMAL – APLICAÇÃO DO ART. 57 DO CC – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

A relação jurídica contratual que tem por objeto o plano de saúde encontra-se amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A obediência ao princípio fundamental da boa-fé objetiva visa a garantir a ação sem abuso, pautada na lealdade, e do qual surgem múltiplos deveres conexos, como o dever de transparência, de informação e de cooperação, dentre outros, a serem observados pelas partes contratantes, em especial pelo fornecedor de serviço.

Em atenção à vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, o CDC proibiu veementemente o abuso de direito e, dentro dessa órbita, veda expressamente a estipulação contratual abusiva, contando o seu art. 51, inciso IV, com a assertiva de que as cláusulas que "estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" são abusivas e nulas de pleno direito.

A alteração da cobertura do plano de saúde, para efeito de qualificação como dependente, não se coaduna com o regime jurídico que norteia o Código de Defesa do Consumidor, quando estabelece, de forma unilateral, vantagem exagerada para a operadora do plano, perfazendo-se em norma de caráter abusivo, o que a torna nula de pleno direito.

Criar um discrímen sem, contudo, apresentar uma motivação para o tratamento diferenciado fere os princípios da isonomia e da razoabilidade.

O fato de a alteração sobre a inclusão e/ou exclusão dos associados beneficiários ter se efetivado por resolução do Conselho Administrativo da CASSEMS acabou por culminar vício formal, uma vez que viola o disposto nos artigos 54, inciso II, e 59, inciso II, do Código Civil Brasileiro.

> *A teor do art. 57 do NCC, é defeso à associação, ao pretender excluir algum de seus associados de seus quadros, furtar-se em proceder com total observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. É a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, como forma de coibir os abusos cometidos também nas relações entre particulares.*
>
> *Recurso conhecido, porém improvido. Sentença mantida.* (TJMS. Quarta Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.019274-0/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Dorival Renato Pavan. J. 18/08/2009)

Assim, como bem consignado pelo juízo sentenciante, não pode a requerida pretender obrigar a autora a se inscrever como titular, apenas por também enquadrar-se em referida categoria, pois cabe a ela exercer aquela que melhor se enquadrar em suas necessidade, ou seja, pode figurar como titular, ou como dependente, já que encaixa-se em ambas as categorias, fazendo jus a exercê-la de acordo com sua escolha.

Por pertinente, confira-se o seguinte precedente desta Corte estadual:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CASSEMS – INCLUSÃO DA ESPOSA TAMBÉM FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO BENEFICIÁRIA DO SEU ESPOSO, ASSOCIADO TITULAR – PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Em obediência ao princípio da isonomia, nenhum sócio pode ter mais direitos do que outro apesar de poder existir categorias de associados com vantagens especiais.* (TJMS. 5ª Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - Nº 2006.017270-1 - Campo Grande. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. J. 13/08/2009)

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1403589-83.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSORA CONVOCADA – ADMISSÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA E LICENÇA MATERNIDADE – POSSIBILIDADE – ISONOMIA – ART. 10, II, "b", DO ADCT, E ART. 7º, XVIII, C/C ART. 39, § 3º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.

As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVII, da Constituição Federal e o art. 10, I, b, do ADCT.

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, rejeitar a preliminar e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 18 de maio de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Elisângela Veríssimo Medeiros Moreno, devidamente qualificada, impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de que seja concedida, em seu favor, uma ordem para restabelecer o vínculo de professora convocada até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, 'b') e, também, à licença maternidade de 120 dias.

A impetrante, em síntese, aduz que:

1 – foi contratada temporariamente para exercer a função de professora convocada, lotada na Escola Estadual Odete Ignês Resstel Vilas Boas, em Nioaque/MS, nos períodos compreendido entre 07/02/2011 a 08/07/2011, 26/07/2011 a 23/12/2011, 14/04/2014 a 04/07/2014 e 20/07/2014 a 20/12/2014, estando sujeita ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS;

2 – ao término da última convocação da impetrante em 20/12/2014, a impetrada ignorou seu requerimento de direito à estabilidade por seu estado gravídico e efetuou o desligamento, ou seja, extinguiu o vínculo empregatício, afrontando assim não só direito à estabilidade (ADCT, art. 10, inciso II, alínea "b"), como também aos direitos fundamentais da pessoa humana, quais sejam: princípio da isonomia e proteção à maternidade e à infância;

3 – embora tenha protocolado seu requerimento administrativo em 19/11/2014, até a presente data não havia obtido resposta, sendo dispensada arbitrariamente;

4 – em 24/01/2015 nasceu o filho da impetrante, João Belamino Veríssimo da Costa e, por ter sido dispensada, formulou pedido de salário maternidade junto ao INSS, o qual foi indeferido sob o argumento de que a Constituição Federal veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, cabendo a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade à empresa caso ocorra este tipo de dispensa;

5 – a presente ação mandamental é cabível, eis que violado direito líquido e certo da impetrante;

6 – é tempestiva a demanda, porquanto observado o prazo de 120 dias do ato coator (indeferimento tácito do requerimento administrativo com a dispensa arbitrária da autora do cargo de professora convocada);

7 – o artigo 10, II, "b", do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias e o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, expressamente garantem a manutenção do contrato de trabalho desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto e a licença à gestante, com a duração de cento e vinte dias;

8 – pelo princípio da isonomia, se as atividades das professoras efetivas são idênticas das professoras convocadas, as mesmas vantagens que têm aquelas, devem ter estas também;

9 – outro não é o entendimento dos Tribunais Superiores e desta Corte Estadual; e,

10 – tendo o contrato temporário terminado no período de estado gravídico, quando fazia jus à estabilidade provisória, a concessão da ordem é a medida que se impõe, devendo ser deferida a liminar, por estarem presentes os requisitos autorizadores.

Por fim, requer os benefício da justiça gratuita e que seja concedida a segurança requerida, declarando-se definitivamente a ilegalidade do ato de dispensa da impetrante, levado a efeito no dia 20/12/2014, confirmando a liminar concedida, garantindo o direito constitucional à estabilidade gestacional com o restabelecimento do vínculo de professora convocada desde 20/12/2014 até 05 (cinco) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, "b") e, também, licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, por ser um direito líquido e certo.

Em provimento inicial, foi concedida a assistência judicial gratuita, bem como deferida a medida liminar para suspender, até decisão final desta ação, a eficácia do ato administrativo que desligou a impetrante do cargo de professor convocado, determinando-se a sua reintegração, sem prejuízo dos vencimentos referentes ao período em que foi desligada, garantindo-lhe a estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, da Constituição Federal, além da licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias em decorrência do nascimento do seu filho.

As informações foram prestadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o qual alegou, em preliminar, a decadência do direito invocado na inicial, porque, quando do ajuizamento da ação, já estaria superado o prazo de 120 dias contados da data do ato tido por coator. No mérito, pugnou pela denegação da ordem.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da prejudicial e, por consequência, no conhecimento da ação e concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Elisângela Veríssimo Medeiros Moreno, devidamente qualificada, impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de que seja concedida, em seu favor, uma ordem para restabelecer o vínculo de professora convocada até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, 'b') e, também, à licença maternidade de 120 dias.

Para tanto, alega que foi contratada temporariamente para exercer a função de professora convocada, lotada na Escola Estadual Odete Ignês Resstel Vilas Boas, em Nioaque/MS, nos períodos compreendido entre 07/02/2011 a 08/07/2011, 26/07/2011 a 23/12/2011, 14/04/2014 a 04/07/2014 e 20/07/2014 a 20/12/2014. E, ao término da última convocação, a impetrada ignorou seu requerimento de direito à estabilidade por seu estado gravídico e efetuou o desligamento, ou seja, extinguiu o vínculo empregatício, afrontando o direito à estabilidade (ADCT, art. 10, inciso II, alínea "b"), bem como o direito à licença maternidade, além dos direitos fundamentais da pessoa humana, quais sejam: princípio da isonomia e proteção à maternidade e à infância.

Prejudicial de decadência do direito

Nos termos do artigo 23, da Lei n. 12.016/2009, o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

No caso, ao contrário do que alega a parte impetrada, o termo inicial para a fluência do prazo decadencial é a data em que a impetrante foi exonerada, ou seja, em 20/12/2014 (p. 20), ainda que anteriormente tenha formulado requerimento administrativo, porquanto deste pedido não obteve qualquer resposta.

Assim, a impetrante tinha até o dia 19/04/2015 para impetrar o remédio constitucional e, tendo o feito em 31/03/2015, verifica-se que referido prazo foi observado, devendo ser afastada a alegada decadência.

Mérito.

Como é cediço, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF:

> *"LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público";*

Por direito líquido e certo se entende aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".* (Mandado de Segurança. 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37.)

Voltando-se para o caso em tela, conforme se extraí do caderno processual, a impetrante foi admitida para o cargo de professor convocado em 07/02/201 e seu afastamento ocorreu em 20/12/2014 (p. 20), sendo que, em 19/09/2014, foi atestado seu estado gravídico, com 19 semanas de gestação (p. 16).

Entretanto, ainda que esteja autorizada a exoneração da servidora contratada a título precário, especialmente quando findado o prazo estabelecido no contrato, não há dúvidas de que a proteção contida no artigo 10, II, b, do ADCT deve ser estendida às servidoras gestantes admitidas em caráter temporário, garantindo-lhes estabilidade gestacional, além da licença maternidade, consoante disposto no artigo 7º, inciso XVIII, c/c o artigo § 3º, da Constituição Federal.

Nota-se que a estabilidade em comento, não é em razão do cargo público ou de eventual regime celetista, mas em decorrência do seu estado gestacional, e está contemplado na Constituição Federal. No caso, embora a apelante fosse servidora pública não estável, ocupando cargo de professora convocada, não poderia ter sido desligada, pois estava grávida, tendo direito constitucionalmente garantido a estabilidade durante a gravidez, até cinco meses após o parto.

A propósito, outro não é o entendimento da Corte Suprema, conforme se destaca dos julgados a seguir colacionados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, I, B, do ADCT.*
>
> *O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVI, da Constituição do Brasil e do art. 10, I, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.* (RE nº 60.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 23/10/09).
>
> *CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. MILITAR. ADMISSÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ISONOMIA. ART. 7º, XVII, DA CONSTITUIÇÃO E ART. 10, I, b, DO ADCT. AGRAVO IMPROVIDO. I As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVII, da Constituição e o art. 10, I, b, do ADCT. I Demonstrada a proteção constitucional às trabalhadoras em geral, prestigiando-se o princípio da isonomia, não há falar em diferenciação entre servidora pública civil e militar. II - Agravo regimental improvido.* (RE 597989 Agr/Pr- Paraná - Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Relator: Min. Ricardo Lewandowski)

Assim, uma vez que a impetrante tem direito subjetivo à estabilidade provisória, a sua exoneração durante o estado gravídico revela-se ilegal, razão pela qual a segurança deve ser concedida.

Por oportuno, registro os julgados desta Corte:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO LIMINAR QUE DEFERIU A REINTEGRAÇÃO DE PROFESSORA CONVOCADA GESTANTE - DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CARGO TEMPORÁRIO - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. As servidoras públicas e empregadas gestantes, ainda que contratadas a título precário, independente do regime*

jurídico de trabalho, fazem jus à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT. Comprovada pela impetrante que teve seu contrato temporário revogado, não obstante seu estado gestacional, há de ser deferida a liminar assegurando-lhe a permanência no cargo. (MS n. 1409463-83.2014.8.12.0000. Relator(a): Des. Amaury da Silva Kuklinski; Órgão julgador: 3ª Seção Cível; Data do julgamento: 19/10/2014; Data de registro: 23/10/2014)

EMENTA – ADMINISTRATIVO PROFESSORA CONTRATO TEMPORÁRIO GRAVIDEZ DURANTE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE FÉRIAS + 1/3 E 13º SALÁRIO PROPORCIONAIS CABÍVEIS ART. 7º, XVII, DA CF RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO. A servidora ocupante de cargo temporário faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, "b", do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (TJMS - Apelação - Nº 080395-06.2012.8.12.041 - Ribas do RioPardo - Relator Des. Marco André Nogueira Hanson - 3ª Câmara Cível J.30 de julho de 2013)

MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA MATERNIDADE – SERVIDORA TEMPORÁRIA – ART. 7º, XVIII, DA CF – ART. 10, II, "B" DO ADCT – ESTABILIDADE PROVISÓRIA ASSEGURADA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Tem a servidora temporária direito à estabilidade provisória no serviço e, por conseguinte, ao gozo de sua licença maternidade, nos termos do que dispõem o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal e o art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Mandado de Segurança - Nº 4009759-56.2013.8.12.0000 - Campo Grande, Relator – Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto, 2ª Seção Cível, j. 10.03.2014)

EMENTA–APELAÇÃOCÍVEL–AÇÃODECLARATÓRIADERECONHECIMENTO DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - EXONERAÇÃO DE SERVIDORA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – PRECEDENTE DO STF – RECURSO DESPROVIDO. Segundo precedente do Supremo Tribunal Federal, "As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto." (AI 804574 AgR / DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/08/2011) (AC n. 0800721-95.2013.8.12.0019 Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Ponta Porã; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/04/2015; Data de registro: 14/04/2015).

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE – CARGO EM COMISSÃO – EXONERAÇÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 10, II, "B", DOS ADCT E ART. 7º, I E XVIII, DA CF – SEGURANÇA CONCEDIDA. Nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a servidora pública gestante, mesmo ocupante tão-somente em comissão de cargo público, tem direito à estabilidade provisória e ao conseqüente recebimento da respectiva remuneração, que vai desde a confirmação da gravidez até cinco meses pós o parto. Segurança concedida, de acordo com o parecer. (Mandado de Segurança - N. 2011.010909-6/0000-00 - Capital. Relator Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Órgão Especial. J. 20.7.2011).

Diante do exposto e com o Parecer, rejeito a preliminar de decadência suscitada pela autoridade impetrada e, no mérito, concedo a segurança para, confirmando a liminar, reconhecer o direito da impetrante à estabilidade provisória no serviço público, bem como à licença maternidade de 120 dias.

Sem custas e honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 18 de maio de 2015.

***

Câmara Cível III - Mutirão
Apelação n. 0069238-84.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DEMORA NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – DANO MATERIAL E MORAL – NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

Ausente prova inequívoca de existência do nexo causal entre a incapacidade física permanente e a demora na realização da cirurgia, não há falar em indenização por dano material e moral.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de março de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Joaquim Bruno Filho interpôs Apelação em face da sentença (f. 119-124) proferida por Raul Ignatius Nogueira, Juiz da 2ª Vara Cível de Campo Grande, na ação de Indenização por danos morais e materiais proposta em desfavor de Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa, que julgou improcedentes o pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais em decorrência da demora de cirurgia com objetivo de reimplante de parte de seus dedos serrados com uma "maquita".

Em razões recursais (f. 128-135), alega que a ausência de procedimentos necessários e rápidos para evitar a necrose, que aliado à sutura, resultou na imobilidade dos 3º, 4º e 5º dedos da mão esquerda, motivo pelo qual deve ser indenizado.

O apelado Associação Beneficente de Campo Grande, apresentou contrarrazões de apelação (f. 139-145) pugnando pelo improvimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto Joaquim Bruno Filho, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível de Campo Grande, na ação de indenização por danos morais e materiais proposta em desfavor de Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa, que julgou improcedentes o pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Confira-se tópicos da sentença:

> *(...) De fato, é indispensável a demonstração da concorrência de culpa do profissional, pois entendimento contrário transformaria a obrigação do médico em obrigação de resultado e não de meio, o que violaria a sua própria natureza e traria consequências absurdas no resultado de pendências desta natureza. Anote-se que a intervenção cirúrgica em discussão não envolveu tratamento estético, pelo contrário, houve a amputação das pontas dos dedos do autor com uma serra "maquita". Dentro deste contexto, o simples fato do resultado desejado (reimplante com sucesso) não ter sido alcançado, não implica em automático reconhecimento de negligência ou falha do serviço. A dois, o tratamento buscado pelo autor na data dos fatos – microcirurgia reparadora, com reimplante da ponta dos dedos – não é procedimento trivial. Ao inverso, há registro nos autos de que a ré (e o próprio Estado de Mato Grosso do Sul) não possui profissional ou equipamentos e instalações especializados em microcirurgia reparadora com reimplante de membros. A três, não há se falar automaticamente em "negligência" ou falha do serviço pela ausência de profissional preparado para realização de técnica altamente especializada, indisponível na maioria dos centros hospitalares do Brasil. Isso porque o entedimento contrário implicaria em se afirmar que – existindo uma técnica altamente especializada em qualquer local do território nacional (ou, porque não, do mundo) – a simples indisponibilidade deste serviço em outro hospital justificaria sua automática responsabilização nas hipóteses de sucesso parcial ou insucesso de um tratamento médico, o que se revela desarrazoado. Fixadas estas premissas, tem-se os pedidos formulados na inicial são improcedentes, pois a prova produzida afasta a existência de conduta culposa ou de nexo de causalidade entre a intervenção cirúrgica e os prejuízos suportados pelo autor. Como observado anteriormente, a ré não dispunha de recursos adequados ao pretendido reimplante das pontas dos dedos do autor, ainda que todas as condições fosse ideais (paciente enviado imediatamente para o centro cirúrgico, material em perfeito estado de conversão, corte liso e sem rebarbas que pudessem complicar o reimplante, etc). Tal circunstância – de per si – não implica em automático reconhecimento de negligência ou falha do serviço. Inviável o reimplante, tem-se que o tratamento dispensado ao autor foi adequado e não se relaciona diretamente aos alegados prejuízos morais e materiais (vinculados, sim, a amputação de seus dedos que ocorreu em ambiente distinto). Com efeito, compulsando o prontuário médico do autor, e os demais documentos juntados aos autos, observa-se que: 1. ele recebeu atendimento de primeiros socorros no posto de saúde do bairro Nova Lima, onde houve estancamento do sangue e foram ministrados medicamentos para analgesia e antibioticoterapia. 2. Encaminhamento à Santa Casa por volta das 12:00h, foi avaliado pelo médico Alex Cunha alonso às 12:36, submeteu-se a radiografia e – com o tratamento de urgência realizado e contatada a ausência de risco de vida – foi colocado na fila de espera do centro cirúrgico (atrás de outros procedimentos com maior urgência) sendo operado na madrugada do mesmo dia. Estabelecido que o reimplante seria impossível diante da ausência de instalações, equipamentos e profissionais habilitados para tanto, tem-se que a conduta médica descrita acima é compatível com as circunstâncias não justificando, diga-se novamente, a responsabilização civil da ré por não se alcançar o resultado desejado (uma vez que se trata de responsabilidade de meio, não de resultado). De outro lado, ainda se fosse adotado o entendimento de que se aplicaria na espécie a responsabilidade civil objetiva em sua modalidade "pura" (independentemente de qualquer averiguação de culpa do profissional), tem-se que na espécie não se demonstrou falha no serviço. E não há, também, nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado lesivo, o que também afasta a responsabilização da ré. Isso porque os prejuízos materiais e morais suportados se ligam principalmente a amputação de seus dedos e às compilações a ela inerentes, não ao procedimento médico que, diga novamente, não tinha como assegurar o resultado esperado pelo autor. Dá análise dos autos, portanto, tem-se por afastada a existência de conduta irregular nos serviços prestados que pudesse justificar a responsabilização da ré. Conclui-se, portanto, que a ausência de culpa dos profissionais que atenderam o autor,*

> *de falha no serviço ou nexo de causalidade entre a conduta dos profissionais e o prejuízo suportado pelo autor impedem a responsabilização da ré. Ante o exposto, consideradas as particularidades do caso, hei por bem julgar improcedentes aos pedidos formulados na inicial, resolvendo o mérito nos termos do art. 269, I do CPC. Pela sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 4.000,00 (art. 20, §§ 3º e 4º do CPC), condicionado a cobrança destas verbas à hipótese do art. 12 da Lei 1.060/50).*

O apelante alega em razões recursais (f. 128-135) a ausência de procedimentos necessários e rápidos para evitar a necrose, que aliado à sutura, resultou na imobilidade dos 3º, 4º e 5º dedos da mão esquerda, motivo pelo qual deve ser indenizado.

A sentença não merece reforma.

Consigna-se de início que tratando-se de hospital a responsabilidade será analisada objetivamente, ou seja, sem a perquirição de culpa, conforme dispõe a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves[1], *in verbis:*

> *Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelo seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.*

Impõe-se, entretanto, analisar os demais elementos da responsabilidade civil, os quais se depreendem do art. 927[2] do CC, ou seja, o dano, o ato ilícito e o nexo causal.

O dano é incontroverso nos autos.

Resta, portanto, a análise do ato ilícito e do nexo causal.

Consigna-se que, apesar de a responsabilidade ser objetiva, a inversão do ônus da prova é matéria a ser conhecida judicialmente, analisado o preenchimento dos requisitos legais, mormente o art. 6º, VIII, do CDC, que elenca a hipossuficiência da parte e verossimilhança da alegação.

Quanto ao momento da análise da inversão do ônus da prova, veja-se o entendimento no STJ:

> *PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. EXAME ANTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas.* Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012. *2. Agravo regimental não provido* (STJ. 2ª T. AgRg no REsp 1450473/SC. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 30.9.2014).

1 **Direito Civil Brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249.

2 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

No caso dos autos, a decisão saneadora (f. 104) limitou os pontos controvertidos, nos seguintes termos: *(...) A discussão travada refere-se apenas à culpa, bem assim a eventual ocorrência e extensão dos danos morais. Para isto, defere-se prova oral, por testemunhas (...).*

Depreende-se não ter havido inversão do ônus do prova requerida, e a decisão saneadora restou preclusa.

Na instrução foi produzida apenas prova testemunhal (f. 118), a qual não foi suficiente para demonstrar se os danos decorreram especificamente da amputação com serra, de eventual demora da cirurgia ou eventual falha no atendimento.

O art. 333, I, do CPC, estatui que o "*ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito",* do qual não se desincumbiu.

Ora, a amputação das pontas dos três dedos do apelante, por si só geram consequências muitos sérias e não foi produzida qualquer outra prova, além da testemunhal e esta não é apta a demostrar que eventual demora no atendimento tenha sido a causa dos danos alegados.

Quanto à dor, óbvio que os fatos em comento resultam em sofrimento, porém, verifica-se dos prontuários médicos que os procedimentos necessários foram adotados, conforme bem analisado na sentença.

Eventual demora no atendimento encontra justificativa, porque, os documentos colacionados aos autos, mormente a lista de espera do centro cirúrgico (f. 64-65), dão conta do elevado número de pacientes, inclusive em estado mais grave que do apelante, impondo aos profissionais área da saúde escolhas trágicas, uma vez que devem dar prioridades àquelas situações mais extremas.

Ainda, verifica-se que no dia dos fatos, havia dois médicos ortopedistas no atendimento do plantão, não sendo razoável esperar da instituição requerida que mantivesse em seus quadros especialistas em todas as áreas médicas, mormente considerando-se que a medicina dia a dia exige maior especialidade.

Outrossim, bem assinalado na sentença*, "existindo uma técnica altamente especializada em qualquer local do território nacional (ou, porque não, do mundo) – a simples indisponibilidade deste serviço em outro hospital justificaria sua automática responsabilização nas hipóteses de sucesso parcial ou insucesso de um tratamento médico, o que se revela desarrazoado".*

De fato, constado a inviabilidade do reimplante, o apelante foi submetido a tratamento adequado, conforme se depreende dos prontuários colacionados que evidenciam que "*ele recebeu atendimento de primeiros socorros no posto de saúde do bairro Nova Lima, onde houve estancamento do sangue e foram ministrados medicamentos para analgesia e antibioticoterapia. Encaminhado à Santa Casa por volta das 12:00h, foi avaliado por médico às 12:36, submetido a radiografia e – com o tratamento de urgência realizado e contatada a ausência de risco de vida – foi colocado na fila de espera do centro cirúrgico, sendo operado na madrugada do mesmo dia*".

Portanto, não resta evidenciado o nexo causal pertinente à concessão da tutela jurisidicional pretendida.

Outrossim, a jurisprudência é no sentido de que a demora na realização do procedimento, por si, não é suficiente para embasar a indenização pelo dano moral e material. Nesse sentido:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. INCAPACIDADE FÍSICA PERMANENTE.

DEMORA NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DANO MATERIAL E MORAL. NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RECURSO NÃO PROVIDO. Os artigos 130 e 131 do Código de Proceso Civil autorizam o juiz a dispensar a produção de provas quando entender que existem nos autos aquelas suficientes para formar o seu convencimento. Ausente prova inequívoca de existência do nexo causal entre a incapacidade física permanente e a demora na realização da cirurgia a ser providenciada pelos entes públicos demandados, não há falar em indenização por dano material e moral. (TJMS. Apelação 0007801-39.209.8.12.0002. Rel. Des. Sergio Fernandes Martins. 1ª Câmara. J. 14/10/2014).

EMENTA (...) RECURSO DE APELAÇÃO -INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - INSURGÊNCIA QUANTO À EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - SECRETARIA DE SAÚDE, ESTADO DE MS E HOSPITAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA CORRETAMENTE DECLARADA EM SENTENÇA - MORTE DE FILHA E NEONATO DURANTE O PARTO - ALEGAÇÃO DE DEMORA NO ATENDIMENTO E ADOÇÃO INCORRETA DOS PROCEDIMENTOS - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - ATENDIMENTO REALIZADO DE FORMA REGULAR E ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO PADRÃO DIANTE DO QUADRO DE SAÚDE APRESENTADO PELA GESTANTE - PROVAS COERENTES E UNÍSSONAS - SENTENÇA MANTIDA - VERBAS DE SUCUMBÊNCIA A SER PAGA PELA PARTE AUTORA CORRETAMENTE APLICADA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (...) 2. Se verificado, pela análise dos elementos probatórios, que foram adotados todos os procedimentos corretos no atendimento à gestante, tendo esta aguardado o tempo de espera normal para que entrasse em trabalho de parto, não há nexo causal para que possa configurar o dever de indenizar. Assim, considerando a responsabilidade objetiva aplicável (artigo 37, § 6º, da CF), conclui-se que a ré se desincumbiu do seu ônus probatório e demonstrou que a realização do parto normal e, posteriormente, da cesariana foi necessária diante da grave evolução do quadro de saúde apresentado pela gestante. 3.Restando vencida a autora, impõe-lhe, em consequência, o pagamento das verbas de sucumbência, ficando suspensa a cobrança diante do artigo 12 da Lei n. 1.060/50, conforme corretamente aplicado em primeira instância. 4.Recurso conhecido e desprovido. (Ap. 0354484-98.2008.8.12.0001. TJMS. 5ª Câmara. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. J. 17.7.2014).

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de março de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802542-09.2014.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRETENSÃO DE INSERIR LETRA NO SOBRENOME – AUSÊNCIA DE PROVA DE ERRO DE GRAFIA NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO – RAZÕES INFUNDADAS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Inconsistentes as razões para a pretensa retificação, no registro civil, do nome de família.

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, 31 de março de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Urimar Sampaio de Queiroz interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida por Ellen Priscile Xandu Kaster Franco, Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Nova Andradina, na ação de retificação de Registro Civil, que julgou improcedente o pedido inicial.

Em razões recursais (f. 47-56) pretende inserir a letra "i" no patronímico familiar "Queroz". Sustenta que é conhecido pelo nome "Queiroz" em todas as suas atividades e relacionamentos e tal letra está inserida em seus documentos pessoais como: CPF, título de eleitor, certidão de casamento, certidão de nascimento dos filhos, onde consta o sobrenome destes como "Queiroz", registros de consumidor de empresas públicas de serviços.

Aduz que teve negado a emissão da segunda via de sua carteira de identidade, pelo fato de o nome registrado no cadastro não coincidir com o nome da certidão de casamento.

Requer a reforma da sentença de primeiro grau para reformar e julgar procedente o pedido inicial.

Parecer pelo não provimento do recurso à f. 67-70.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Urimar Sampaio de Queiroz interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida por Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Nova Andradina, na ação de retificação de registro civil, que julgou improcedente o pedido inicial.

Confira-se:

> *"Concedo nesse momento processual a gratuidade da justiça, sendo o requerente pobre na forma da lei.*
>
> *Não havendo necessidade de produção de prova em audiência, profiro o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 30, inciso I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Com efeito, após o registro de nascimento da pessoa natural, com a identificação do nome civil, somente é permitida sua alteração nos casos previstos em lei, uma vez que a mudança do nome civil é fenômeno relevante na vida do indivíduo, acarretando a transformação de sua identidade.*
>
> *A regra geral no ordenamento jurídico é a da imutabilidade do nome. A exceção só se admite nos casos de ero material, exposição ao ridículo ou se houver relevante razão de ordem pública.*
>
> *O artigo 57 da Lei n. 6.015/1973 dispõe:*
>
> *Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.*
>
> *No caso em tela, verifica-se que o autor visa, em verdade, a alteração de seu patronímico familiar, apoiado no fato de que, em razão de erro em sua certidão de casamento, ocorreram sucessivos equívocos na grafia de seu sobrenome nos documentos emitidos posteriormente.*
>
> *Ocorre que a justificativa apresentada não merece prosperar, uma vez que a imutabilidade do nome, princípio norteador dos Registros Públicos, só pode ser relativizada em casos de extrema gravidade, o que, estreme de dúvidas, não se viu no caso em comento.*
>
> *O correto seria, em respeito à certidão de nascimento e, consequentemente, patronímico familiar, a alteração de todos os documentos emitidos posteriormente ao casamento que estão eivados de vício na grafia, de modo a não afrontar o princípio aludido.*
>
> *Por fim, acode-nos os seguintes arestos:*
>
> *DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRENOME QUE NÃO EXPÕE A AUTORA AO RIDÍCULO OU LHE ACARRETE CONSTRANGIMENTO. ALTERAÇÃO DESNECESSÁRIA NA HIPÓTESE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *A regra geral no ordenamento jurídico pátrio é o da imutabilIdade do nome. A exceção só se admite nos casos de erro de grafia, exposição ao ridículo ou se houver relevante razão de ordem pública. Assim, o pedido de retificação de registro civil que não se funda em qualquer dessas hipóteses, não pode ser deferido (in* Apelação Cível n. 209.047284-4, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 25.1.209).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ERRO NÃO CONFIGURADO. NOME DE FAMÍLIA. RECURSO NÃO PROVIDO."O prenome, assim como o nome, são atributos da personalidade e necessários*

à identificação das pessoas no contexto de uma sociedade organizada, e por isso a regra da imutabilidade preconizada pela Lei de Registros Públicos (art. 58)"(Apelação Cível n. 196.00919-1, j. 2.10.196, rel. Des. Carlos Prudêncio).

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, com apoio no parecer ministerial, julgo improcedente o pedido de Urimar Sampaio de Queroz, qualificado.

Em razões recursais pretende seja inserido a letra "i" em seu sobrenome "Queroz".

Tenho que a sentença de primeiro grau não merece reforma.

É cediço que a regra geral é a imutabilidade do nome. A exceção se admite nos casos de erro de grafia, exposição ao ridículo e na hipótese de relevante razão de ordem pública.

A Lei de Registros Públicos dispõe em seu art. 109:

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

Pois bem, depreende-se da cópia de certidão de nascimento do autor/apelante (f. 12) que o sobrenome tal qual de seus genitores é "Queroz", presumindo ter sido assim grafado no assento de nascimento do autor, sob n. 24.231, à f. 113, do livro a/24, em 11/05/1965.

Não consta dos autos qualquer prova documental ou testemunhal que demonstre erro de grafia no referido assento de nascimento, ou outra razão fundamentada que justifique a retificação pretendida.

O art. 57[1] *da Lei de Registros Públicos, permite a alteração do nome apenas em casos excepcionais e devidamente motivados, sendo insuficientes as razões trazidas no feito de que nos documentos pessoais consta o sobrenome "Queiroz".*

Neste sentido, o julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. ERRO DE GRAFIA NO SOBRENOME PATERNO. ASSENTAMENTOS DE NASCIMENTO E CASAMENTO CORRETOS. Não prospera a intenção da apelante de fazer prevalecer o erro de grafia no sobrenome paterno, que constou na certidão de casamento extraída no passado, em detrimento da correta identificação grafada em seu assentamento de nascimento e de casamento. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70056413016, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14/11/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. RETIFICAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO. ERRO NÃO COMPROVADO. Diante da ausência de elementos probatórios capazes de afastar a presunção de veracidade do registro público, e em respeito à proteção à segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, mostra-

1 Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

se descabida pretensão da parte autora de retificação da data de nascimento constante do registro civil. Recurso desprovido, de plano. (TJ-RS - AC: 70049618085 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 10/09/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/09/2012).

Pelo exposto, conheço o recurso de apelação, mas nego-lhe provimento.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0003550-78.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SUPOSTO ERRO MÉDICO – ATIVIDADE MEIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL – CULPA DO MÉDICO NÃO DEMONSTRADA – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL – AFASTADA. RECURSO IMPROVIDO.

No caso em exame a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. Portanto, além da prova do prejuízo e do nexo de causalidade, é necessária a demonstração do agir culposo (em qualquer de suas modalidades) do profissional.

Os estabelecimentos hospitalares enquadram-se na definição de fornecedores de serviço, conforme o art. 3º do CDC, razão pela qual respondem de forma objetiva pelos danos causados aos seus pacientes, na forma do art. 14 do mesmo diploma legal. No entanto, deve-se ressalvar que o hospital só responderá por atos técnico-profissionais daqueles médicos que com ele mantenham algum vínculo, e mesmo assim, se comprovada a culpa destes.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator, em subst. Legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Wilson Evangelista Rocha interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida por Daniel Della Mea Ribeiro Juiz da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande-MS, na ação de indenização por danos materiais e morais proposta em desfavor de Associação Beneficente de Campo Grande, Elzio Tamazato e Sônia Akiko Goto, que julgou improcedentes os pedidos de condenação dos apelados ao pagamento de R$ 18.895,00 a título de danos materiais e danos morais a ser arbitrado pelo magistrado, em razão de suposto erro médico.

Em razões recursais (f. 452-461), alega que propôs a presente ação objetivando a condenação dos apelados ao pagamento de indenização em função de negligência e imperícia dos profissionais que o atenderam. Ressalta que *"o profissional da unidade de pronto atendimento diagnosticou corretamente como sendo DISVALIA + PARESTESIA os sintomas apresentados pelo requerente. Assim, encaminhou ao setor de Neurologia da Santa Casa para melhor avaliação. Entretanto, ao chegar a Santa Casa, os requeridos*

se mantiveram inertes, descompromissados em averiguar com precisão os sintomas já diagnosticados previamente pelo profissional PA". Aduz que a teoria a ser adotada no caso é da responsabilidade objetiva, respondendo o hospital pelos atos médicos dos profissionais que o administram. Argumenta que o médico contratado pelo hospital é considerado seu preposto, não havendo falar-se em responsabilidade subjetiva no caso. Sustenta que *"A sociedade hospitalar, ao disponibilizar ao mercado consumidor serviços concernentes à prestação de serviços por meio do Hospital Monte da Luz, enquadra-se na definição de fornecedor"*. Assevera ser desnecessária a comprovação da culpa da apelada, bastando a ocorrência de dano e o nexo causal. Expõe que restou comprovada a ocorrência de falha na prestação do serviço, consubstanciada pela negligência e imperícia dos profissionais. Alega que *"não há dúvidas Excelência, que diante do descaso demonstrado pelos profissionais da Santa Casa em atender e diagnostica-lo, o recorrente sofreu abalo ao ser tratado com indiferença, sem um mínimo de cuidado e respeito o que expõe extrema negligência e imperícia dos médicos"*. Destaca que teve que suportar intenso abalo psíquico, o que configurou o dever dos apelados de indenizar o recorrente pelos danos morais, sugerindo a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Requer que: *"essa colenda Turma se digne conhecer e dar provimento ao presente recurso, para que seja reformada a decisão a quo, nos termos supramencionados, em medida de justiça."*

Os apelados apresentaram contrarrazões de apelação (f. 468-478), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wilson Evangelista Rocha, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível de Campo Grande-MS, que na ação de indenização por danos materiais e morais proposta em desfavor de Associação Beneficente de Campo Grande, Elzio Tamazato e Sônia Akiko Goto, julgou improcedentes os pedidos de condenação dos apelados ao pagamento de R$ 18.895,00 a título de danos materiais e danos morais a ser arbitrado pelo magistrado, em razão de suposto erro médico.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 441-447:

> *"ISSO POSTO, com fulcro no art. 269, I, do CPC JULGA-SE IMPROCEDENTE o pedido inicial formulado nesta "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS" que WILSON EVANGELISTA DA ROCHA move contra ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE, SÔNIA AKIKO GOTO E ELZIO TAMAZATO, já qualificados e, por consequência, determina-se a extinção do feito com resolução de mérito.*
>
> *Outrossim, condena-se a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios em favor dos patronos dos demandados, os quais, à vista da matéria em discussão, tempo de duração da lide, local da prestação do serviço, grau de zelo do profissional, bem como do trabalho desenvolvido e, ainda, atendendo à critérios de equidade, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, fixam-se em R$ 1.800,00 para cada um dos patronos (total de R$ 5.400,00, em sendo 03 Réus). Contudo, em tendo litigado a autora com apoio da AJG, suspende-se a execução de tais parcelas (art. 12 da Lei 1060/50).*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se."*

Primeiramente, faz-se necessário um breve relato dos fatos narrados na petição inicial.

Em 08/10/2008, após sentir-se mal, foi levado ao posto de saúde da prefeitura, onde foi atendido pelo Dr. Mattioli, que constatou que o apelante apresentava disvalia-paralisia, de modo que foi encaminhado para a Santa Casa, onde foi atendido pela Dra. Sonia Akiko Goto.

Aduziu que referida médica constatou que o apelante apresentava dificuldade na fala, com provável diagnóstico de isquemia cerebral, medicando o paciente sem a presença de um neurologista.

Ressaltou que marcou consulta com o cardiologista, Dr. Elzio Tomazato em 09/10/2008, oportunidade em que o médico liberou o paciente sem mais exames detalhados, recomendando-lhe caminhadas.

Afirmou que, em razão da permanência dos sintomas, encaminhou-se ao Proncor, sendo atendido pelo Dr. Fernando Martignoni, que constatou o acidente vascular cerebral e, após a realização dos exames, foi internando e passou por procedimento cirúrgico.

Sustentou que o procedimento adotado pelos médicos da rede pública foram incorretos, pleiteando indenização a título de danos materiais e morais.

Pois bem, a controvérsia dos autos cinge-se em estabelecer se a tese a ser aplicada, nos casos de suposto erro médico, é da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

No caso em exame a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. Portanto, além da prova do prejuízo e do nexo de causalidade, é necessária a demonstração do agir culposo (em qualquer de suas modalidades) do profissional.

Segundo leciona Humberto Theodoro Júnior[1]: *"na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade fim, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo."*

Do mesmo modo, Miguel Kfouri Neto leciona sobre o tipo de obrigação assumida pelo médico:

> *"A jurisprudência tem sufragado entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.*
>
> *A obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor). Implica diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados – em busca da cura. Por isso, ANDRÉ TUNC sugere a denominação 'obrigação de diligência'. O caráter intuitu personae muitas vezes é relativizado pela urgência."*
>
> *(...)*
>
> *Não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa"* (Responsabilidade civil do médico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 71/72).

Ainda sobre esse ponto, são pertinentes as lições de Sérgio Cavalieri Filho[2]:

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 33.

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 360-361.

> *"(...) a obrigação do médico, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.*
>
> *(...)*
>
> ***Tenha-se, ainda, em conta que não cabe ao Judiciário avaliar questões de alta indagação científica, nem se pronunciar sobre qual o tratamento mais indicado para curar o doente. Só lhe está afeto o exame da conduta profissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana conseqüente de erro profissional crasso.***
>
> *Em conclusão:* ***diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelo uso da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não observou, agiu com culpa."*** (grifei)

Portanto, no caso sob exame, o objeto da obrigação não se constitui na efetiva cura do paciente, e sim no emprego de um tratamento adequado ao enfermo, em consonância com o estágio atual da ciência e, evidentemente, com os recursos disponíveis ao profissional atuante, o qual deve agir, sempre, da maneira mais cuidadosa e consciente possível.

Ademais, não se constitui função do Julgador avaliar questões de alta indagação científica, e, tampouco, pronunciar-se acerca do tratamento mais indicado para a cura do doente.

Ao Magistrado cabe, na realidade, verificar as diligências que os profissionais da medicina poderiam e deveriam ter dispensado ao paciente no caso concreto, de forma a concluir se ocorreu, efetivamente, falha humana a ensejar prejuízos reparáveis ao enfermo.

Nas palavras de Miguel Kfouri Neto[3]:

> *"Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática".*

Após a caracterização da responsabilidade civil do médico, impõe-se a investigação da ocorrência dos pressupostos do dever de indenizar especificamente na hipótese em exame, repita-se, sendo imprescindível a verificação de falha ou omissão do profissional que atendeu o requerente no hospital requerido, para que, desta forma, seja viabilizada a responsabilização dos mesmos.

Para a análise de casos como o presente, o Julgador, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinentes à área médica, deve valer-se especialmente das informações prestadas pelo perito.

Pois bem. De acordo com o laudo pericial de f. 353-359, constata-se que o apelado apresenta sequelas de AVC, com disfasia, disartria e alterações ledes de cognição e dificuldade para se expressar, além de leve comprometimento motor.

3 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico. 3ª** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76.

Com efeito, em resposta aos quesitos apresentados pelo requerente/apelante, o perito assim se manifesta:

> *"1- Quais os sintomas de um AVC? Pode-se afirmar que o Requerente, ao ser atendido pelo Requerida, Dra. Sonia Akiko Goto, apresentava sintomas decorrentes de um AVC?*
>
> *Os sintomas mais frequentes de um acidente vascular isquêmico são: fraqueza nos membros, assimetria facial, formigamento e alterações de movimentos em um dos lados do corpo, alterações da fala, de visão, confusão mental, alterações na marcha, podendo apresentar crise convulsiva e até o Coma. Neste caso, o periciado informou ter melhorado dos sintomas após controle da pressão, caracterizando um ataque isquêmico transitório, naquele momento de atendimento no PS.*
>
> *(...)*
>
> *4- Se fosse diagnosticado com antecedência, poderia ter sido evitado implante de Stent na artéria vertebral do Requerente?*
>
> *Não. O quadro estenótico vertebral, que indicou necessidade de colocação do stent, já estava iniciado de longa data, não tendo sido por falta de diagnóstico de AVC, após este ter ocorrido, que indicou sua implantação. A implantação do stent foi para evitar a progressão da estenose e não para tratar o quadro isquêmico já instalado.*
>
> *5- Pode afirmar que houve demora em seu diagnostico e tratamento?*
>
> *Considerando que o quadro clínico registrado na ficha de atendimento do PS em 08 de outubro de 2008 já isquemia cerebral, e que posteriormente os sintomas que haviam regredido retornaram e o paciente só foi alvo de avaliação e tratamento por neusologista a partir de 14 de outubro de 2008, sim. Quanto ao tratamento, desde o primeiro atendimento na Santa Casa já foi ministrado tratamento do quadro hipertensivo, que deu origem ao quadro isquêmico que desencadeou o AVC, faltando medicamentos preventivos, protetores da coagulação e progressão da isquemia cerebral.*
>
> *6- Pode-se afirmar que se o atendimento do Requerente tivesse sido mais rápido e eficaz, tendo sido realizado todos os exames necessários, poderia ter sido evitada a cirurgia?*
>
> *Não.*
>
> *(...)*
>
> *9- Pode-se afirmar que os erros no diagnóstico do Requerente e a demora em seu tratamento lhe causaram graves danos? Trouxeram-lhe problemas em seu dia-a-dia?*
>
> *Pelo seu relato, o quadro isquêmico e suas sequelas já estava instalado desde antes do primeiro atendimento na Santa Casa, e melhorara na ocasião do atendimento na Santa Casa, voltando a manifestar alguns déficit neurológicos dias depois, que estabilizaram e estão parcialmente compensados atualmente. O diagnóstico de isquemia cerebral já constava na ficha de atendimento no pronto socorro da Santa Casa e no dia seguinte, o diagnóstico de isquemia cerebral transitória, devido à melhora dos sinais e sintomas."*

O perito judicial ainda concluiu (f. 358-359):

> *"Trata-se de portador de sequelas de acidente vascular cerebral, decorrente de insuficiência vértebro-basilar grave, que manifestou sinais e sintomas de isquemia cerebral em 08 de outubro de 2008, sendo atendido no pronto-socorro da Santa Casa, primeiramente sob o diagnóstico de Isquemia cerebral, sob o diagnóstico de isquemia cerebral transitória e hipertensão artéria, feito em ambulatório cardiológico.*

Segundo relatou o periciado e consta na ficha de atendimento, ele foi alvo de tratamento medicamentoso apenas para a crise hipertensiva que apresentava, sem constar outras anotações da evolução, medicamento ou encaminhamentos subsequentes.

Há também comprovante de atendimento cardiológico no dia seguinte pelo Plano de Saúde da Santa Casa, com ficha médica e receituário constando a avaliação feita e solicitação de exames laboratoriais, sem outras informações sobre a conduta adotada. Na ficha de atendimento o médico cardiologista registrou diagnóstico de hipertensão e ataque isquêmico transitório, pela melhora dos sintomas neurológicos da véspera.

Pelo que relatou o paciente estes sintomas ressurgiram nos dias subsequentes, tendo em 14 de outubro buscado por sua conta avaliação com neurologista e foi submetido a exame arteográfico, que confirmou existência de estenose crítica em artéria vertebral direita, indicando necessidade de interposição de stent, que foi realizado no dia 15 de outubro de 2008, passando a ser acompanhado e tratado por este desde então, fazendo uso de madicamentos conforme receituário anexo.

Considerando seu relato, e dos médicos, de que houve melhora dos sistomas e sinais de isquemia cerebral nos dias em que foi atendido na Santa Casa, o diagnóstico de isquemia cerebral transitória foi correto até aquela ocasião, mas ao se manifestar piora subsequente, este quadro transformou-se em acidente vascular cerebral isquêmico, já indicando probabilidade de trombose de artérias cerebrais, com implantação definitiva do déficit funcional neurológico que passou a manifestar.

Até se sua recaída o diagnóstico foi compatível com a descrição do quadro apresentado, que foi transitório. Após o ressurgimento dos sintomas, passou a ter indicação formal de avaliação neurológica especializada, e retrospectivamente analisando a evolução, se tivesse sido medicado com substâncias protetoras e preventivas de tromboses e isquemia mais precocemente poderia ter reduzido o risco de reinstalação do quadro isquêmico cerebral, desta vez definitivamente.

Segundo o próprio periciado relata, seu estado geral sequelar já foi bem mais grave, estando hoje parcialmente compensado e com sua pressão arterial estabilizada, ainda apresentado boa parte das sequelas neurológicas que iniciaram no momento em que se sentiu mal em casa."

Pelo que se pode inferir da prova pericial, não há qualquer indício que aponte para a falha médica, porquanto os procedimentos adotados pelo médico estão de acordo com os métodos adotados na doutrina médica.

Da análise do conjunto probatório, especialmente da prova pericial produzida, tenho que não há nos autos qualquer prova idônea com o condão de demonstrar a ocorrência de erro médico e a consequente culpa do profissional.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - NÃO CONFIGURADO - AUSÊNCIA DE CULPA POR PARTE DOS MÉDICOS E DE NEXO CAUSAL DO HOSPITAL - DEVER DE REPARAR OBSTACULIZADO - LAUDO PERICIAL - COERÊNCIA E CLAREZA - SENTENÇA MANTIDA. ***A responsabilidade do médico, nos termos do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, é subjetiva, necessitando de demonstração de culpa pelo lesado,***

enquanto a do hospital é objetiva, ou seja, basta a caracterização de nexo causal entre o fato incriminado e o dano. Não sendo possível extrair do conteúdo fático-probatório encartado nenhuma conduta eivada de negligência, imperícia ou imprudência por parte dos profissionais da saúde, que procederam de acordo com as técnicas científicas e das normas e recomendações pertinentes, ou do indispensável liame entre eventual ato do hospital com o dano noticiado, não há falar em responsabilização pelo danos pleiteados. (Apelação - Nº 0044422-38.2009.8.12.0001. Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 09/12/2014; Data de registro: 22/12/2014). Grifei.

EMENTA-APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RECÉM-NASCIDO QUE FALECE DIAS APÓS O PARTO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO - OMISSÃO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA MÉDICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL SE COMPROVADA RESPONSABILIDADE DA MÉDICO - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA POR PARTE DA MÉDICA E DO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE - LAUDO PERICIAL - COERÊNCIA E CLAREZA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 01. Com relação ao Município, quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão (o serviço não funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. 02. ***Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do hospital é objetiva (CDC, art. 14), mas somente diante da presença do erro médico, comprovando-se, além do nexo causal entre a conduta e o dano causado, a existência de imprudência, negligência ou imperícia daquele que atuou, efetivamente, na prestação do serviço. 03. Não demonstrada, no caso, a culpa da médica, eis que comprovado, pela perícia que o sofrimento fetal e a anoxia decorreu de causas naturais, não de negligência, não há falar em responsabilização pelo danos pleiteados.*** *04. Da mesma forma, se não ficou provado no presente caso que o dano decorreu exclusivamente da ação/omissão dos réus, estando ausente o nexo causal, requisito ínsito à responsabilidade civil, a improcedência é o caminho que se impõe. 05. Recurso conhecido e desprovido.* (Apelação - Nº 0804552-76.2011.8.12.0002. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/10/2014; Data de registro: 23/10/2014). Grifei.

No que se refere à responsabilidade da Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, os estabelecimentos hospitalares enquadram-se na definição de fornecedores de serviço, conforme o art. 3º do CDC, razão pela qual respondem de forma objetiva pelos danos causados aos seus pacientes, na forma do art. 14 do mesmo diploma legal.

No entanto, deve-se ressalvar que o hospital só responderá por atos técnico-profissionais daqueles médicos que com ele mantenham algum vínculo, e mesmo assim, se comprovada a culpa destes.

Assim, não tendo sido comprovado o ato culposo do médico, não há que se falar em imputação de responsabilidade ao hospital.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Wilson Evangelista Rocha, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

Câmara Cível III - Mutirão
Apelação n. 0002722-28.2009.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FIRMA INDIVIDUAL – INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE O PATRIMÔNIO DA PESSOA FÍSICA E DA EMPRESA – COMPARECIMENTO DO RÉU AO PROCESSO – FALTA DE CITAÇÃO SUPRIDA – RECURSO DO EMBARGANTE IMPROVIDO.

Tratando-se de firma individual, o patrimônio da mesma confunde-se com o da pessoa física.

O comparecimento do réu em juízo supre a falta de citação.

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – MAJORAÇÃO – CRITÉRIO EQUITATIVO – VALOR DA CAUSA – PROVIDO EM PARTE.

A fixação dos honorários de sucumbência deve observar o critério da equitatividade, levando-se em conta, entre outros fatores, o valor atribuído à causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível III - Mutirão do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Expresso Queiroz Ltda. e dar parcial provimento ao apelo do Município de Ponta Porã, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tratam-se de apelações cíveis interpostas respectivamente por Expresso Queiroz Ltda. e pelo Município de Ponta Porã contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos de embargos de terceiro com pedido liminar promovidos por Expresso Queiroz Ltda.

O apelante Expresso Queiroz alega, em síntese, que:

> *(...) o Exequente, ora Apelado propôs ação em desfavor do senhor Loureiro Pereira de Queiroz e que após seu falecimento o próprio Exequente elegeu como parte no pólo passivo da ação o Espólio do Senhor Loureira representado por seu inventariante Lenimar Salgado de Queiroz. (f. 261)*

> *Que, o bem penhorado passou a ser de propriedade da empresa Expresso Queiroz Ltda., em janeiro de 1986, data muito anterior à propositura da ação de execução. (f. 261)*
>
> *Que a ora Apelante, Expresso Queiroz, em momento algum foi chamada para ocupar o pólo passivo da citada ação. (f. 261)*
>
> *Que se há débito fiscal em nome do Senhor Loureiro Pereira de Queiroz, quem deve responder pela obrigação é tão somente o seu Espólio, que corretamente foi chamado ao processo pelo Exequente. (f. 261)*

Requer, por fim, o provimento do recurso para que "seja reformada a sentença ora atacada, julgando procedente os embargos de terceiro, e via de consequência, revogando-se a penhora do imóvel matriculado sob n. 12262, bem como seja expedido competente ofício ao Cartório de Registro de Imóveis do 1º Tabelionato da Comarca de Ponta Porã/MS para que proceda a devida anotação de baixa do gravame a margem da matrícula do imóvel citado".

O município ora apelante afirma, em síntese:

> *Restringe-se o presente recurso em impugnar a parte da decisão proferida pelo juízo de instância singela no que diz respeito ao valor dos honorários de sucumbência arbitrados. (f. 273)*
>
> *Observa-se que os honorários fixados - R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) - correspondem a apenas 0,5% (meio por cento) do montante atribuído pela empresa apelada a causa, o que, sem sombra de dúvida, desmerece o trabalho profissional dos advogados. (f. 276)*
>
> *(...) frente às peculiaridades e a relevância das questões jurídicas discutidas, tem-se que o provimento do recurso para arbitramento da verba alimentar em percentual de no mínimo 10% do valor atribuído à causa, ou seja, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), se por um lado não onera demasiadamente o sucumbente por outro se converterá em uma justa remuneração aos serviços executados nos autos. (f. 278)*

Requer, por fim, o provimento do recurso para "reforma parcialmente da sentença e majorar a verba alimentar fixada para importância não inferior a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)".

O apelado Expresso Queiroz apresentou contrarrazões às fls. 284-290.

O Município de Ponta Porã, devidamente intimado (fls. 292-293), não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas respectivamente por Expresso Queiroz Ltda. e pelo Município de Ponta Porã contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos presentes autos de embargos de terceiro.

O Município de Ponta Porã, em suas razões recursais, pugna pela majoração dos honorários fixados na sentença para, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor da causa, o que equivaleria a algo em torno de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O recorrente Expresso Queiroz Ltda., por sua vez, recorre, alegando que houve constrição de imóvel de sua propriedade de forma equivocada, tendo em vista que não foi chamado ao processo de Execução Fiscal para exercer o seu direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Afirma ainda que "*não é plausível e nem razoável que ao se adquirir uma firma, o adquirente traga para si a obrigação de dívidas particulares do ex-proprietário*".

A sentença vergastada consignou que a empresa apelante, Expresso Queiroz Ltda., assumiu a atividade empresarial desenvolvida pela firma individual Loureiro Pereira de Queiroz, tornando-se, desde então, titular dos direitos e obrigações contraídos pela mesma.

Nesse passo, afirma o *decisum*, a empresa Expresso Queiroz Ltda. tornou-se sim responsável pelo pagamento da dívida fiscal existente em nome da firma individual executada pela Fazenda Pública Municipal. Portanto, conforme entendimento esposado pela magistrada *a quo*, juíza Liliana de Oliveira Monteiro, restou corretamente constritado o bem imóvel que a ora apelante afirma ser proprietária.

Do recurso interposto por Expresso Queiroz Ltda.

Como aduzido alhures, a empresa ora apelante alega que teve imóvel de sua propriedade indevidamente constritado, sendo que o responsável pela dívida, na verdade, no seu dizer, é o espólio de Loureiro Pereira de Queiroz.

Ocorre que o ora apelante assumiu a atividade empresarial que era desenvolvida pela firma individual Loureiro Pereira de Queiroz, momento em que, encampou, por conseguinte, a responsabilidade inclusive por todos os tributos devidos pela mesma.

Eis, a propósito, a exegese do art. 133 do Código Tributário Nacional:

> *Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:*
>
> *I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;*
>
> *II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.*

Ora, é a própria Expresso Queiroz Ltda. quem afirma na inicial ser sucessora da firma individual Loureiro Pereira de Queiroz (f. 03), como pode ser comprovado da análise da f. 19-verso.

Portanto, aplica-se ao caso presente a redação do art. 133 do CTN, supratranscrito. Ou seja, a partir do momento em que a apelante Expresso Queiroz Ltda. tornou-se sucessora da firma individual Loureiro Pereira de Queiroz, tornou-se também responsável pelas dívidas existentes em nome da mesma.

A alegação da ora apelante de que o execução fiscal deveria recair sobre os bens do espólio de Loureiro Pereira de Queiroz igualmente não merece guarida.

Com efeito, é assente tanto na doutrina quanto na jurisprudência que não existe distinção entre os bens da firma individual e da pessoa física titular da mesma. Assim, aliás, já restou decidido por este Tribunal[1]:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL –* **FIRMA INDIVIDUAL – INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE O PATRIMÔNIO DA PESSOA FÍSICA E O PATRIMÔNIO DA MICROEMPRESA** *– REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO – CONSTRIÇÃO DE BENS PESSOAIS DO CONTRIBUINTE – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *A responsabilidade de pessoa física titular da firma individual em execução fiscal é ilimitada, confundindo-se o patrimônio da pessoa física com o da pessoa jurídica, devendo aquele responder como codevedor.*
>
> *Recurso conhecido e provido.* (grifo nosso)

Destarte, como visto, os bens da pessoa física Loureiro Pereira de Queiroz confundiam-se com os bens da firma individual que levava o mesmo nome e vice-versa. Após a aquisição da firma individual pela empresa ora apelante, a mesma tornou-se detentora dos encargos até então existentes, por força, insista-se, do disposto no art. 133 do CTN.

A ora apelante, por derradeiro, afirma que não foi chamada aos autos da execução fiscal para exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

A referida irresignação também não merece prosperar, isto porque a decisão da magistrada de primeira instância rechaçou a mesma da seguinte forma:

> *A empresa, ora embargada, compareceu espontaneamente nos autos da execução, tomando ciência inequívoca da ação executiva movida e da penhora efetivada. Ademais, nada impede a correção de tal situação processual a qualquer tempo, primeiro porque como acentuado, não houve prejuízo para as partes, e segundo porque em se tratando de débito fiscal, aplicável o disposto no art. 2º, §8º da LEF*[2].

Portanto, a alegação da recorrente de que não foi citada para integrar o pólo passivo da execução não merece ouvidos, isto porque o Código de Processo Civil, neste ítem, aduz que:

> *Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.*
>
> *§ 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.*

A ora recorrente, ademais, como visto, tinha plena ciência da ação de execução e da penhora efetivada.

Em vista da exposto, nego provimento ao recurso manejado por Expresso Queiroz Ltda.

Do recurso do Município de Ponta Porã

O Município de Ponta Porã limita-se a discutir o valor dos honorários de sucumbência arbitrados em seu favor.

---

1 Agravo n. 2008.037277-8/0000-00 0. Relator Des. Sérgio Fernandes Martins. Julgamento 07/04/2009.

2 Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

Da análise dos autos, tem-se que o recurso ora interposto deve ser provido em parte, isto porque, nada obstante para fins de fixação dos honorários sucumbenciais não se deva levar em conta apenas o valor atribuído à causa, o mesmo tem que ser minimamente sopesado quando da fixação da verba honorária.

A propósito, o Código de Ética do Advogado estabelece, na Seção VIII, entre vários critérios para fixação dos honorários, o valor da causa, a condição econômica do cliente, a competência e o renome do profissional.

O valor fixado na hipótese vertente, correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor atribuído à causa, mostra-se desproporcional, levando-se em conta, principalmente, o valor da execução fixado em - R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Dispõe o art. 20, §3º, do CPC[3], que os critérios de aferição para o arbitramento dos honorários são o grau de zelo profissional, o lugar da prestação de serviços e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Este Tribunal, enfrentando o tema, já decidiu que:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALORES IRRISÓRIOS – MAJORAÇÃO – CRITÉRIO DE EQÜIDADE (ART. 20, § 4º) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *O quantum a ser fixado a título de honorários advocatícios não pode caracterizar em retribuição ínfima, para não aviltar a dignidade da profissão, mas que o valor recebido represente justa remuneração ao trabalho exercido*[4].

Nesse passo, levando-se em conta a apreciação equitativa do trabalho desenvolvido pelos patronos do ora apelante e ainda o valor atribuído à causa, forte no supracitado art. 20, §3º, do CPC, impõe-se seja dado provimento, em parte, ao recurso interposto por Município de Ponta Porã, para majorar a verba honorária para R$ 10.000,00 (dez mil reais)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Expresso Queiroz Ltda. e deram parcial provimento ao apelo do município de Ponta Porã, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2015.

***

3 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (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.

4 Apelação Cível - Execução - N. 2005.003619-6/0000-00. Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Julgamento 23/05/2005

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0046583-50.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO – INFECÇÃO HOSPITALAR – APLICAÇÃO DO CDC – PRESENÇA DE NEXO CAUSAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 50.000,00 – RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Indiscutível a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º, do CDC) em detrimento da legislação geral (Código Civil) em caso de relação de prestação de serviço (hospital/paciente).

Inocorrente a prescrição quinquenal, afasta-se a preliminar arguida.

Cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, consoante o art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que a prova dos autos comprovou o nexo causal entre a conduta do recorrente e os danos experimentados pela parte autora.

Evidenciada a dor e o sofrimento suportados pelo autor em razão da infecção hospitalar contraída durante a internação no hospital ora apelante, resta caracterizado o *danum in re ipsa*, o qual prescinde de prova quanto à ocorrência de prejuízo concreto.

Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, este deve estar em consonância com os objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, sem que haja um enriquecimento sem causa da vítima.

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.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Hospital Unimed – Unidade Miguel Couto contra sentença proferida (fls. 342v-344v) nos autos da ação de indenização por danos morais promovida por Willian Cafure.

O hospital ora apelante afirma, em síntese, que:

> *O caso em comento trata sobre suposta infecção adquirida após procedimento cirúrgico realizado no Hospital da apelante em 17/08/2006, sendo que a ação fora distribuída somente em 17.08.2011, ou seja, quase 5 (cinco) anos após a data do fato, e até mesmo da data que o apelado alega ter tido ciência do dano (f. 349).*
>
> *(...) vale consignar que não se está aqui discutindo a extensão do sofrimento que se abateu sobre o autor, nem mesmo se ele efetivamente existiu, já que se está a reconhecer, apenas, a perda do direito de ação que, por via oblíqua, faz desaparecer o direito por ele tutelado (f. 355).*
>
> *Em que pese a r. sentença ter julgado procedente o pleito autora, a mesma merece reformar, visto que conforme restou amplamente demonstrado na instrução processual e salientado nos pareceres da auditoria médica, qualquer procedimento cirúrgico pode sofrer complicações, entre elas infecções (f. 355).*
>
> *Assim, em que pese o entendimento do d. magistrado, a verdade é que não se pode afirmar com exatidão se o Hospital apelante, o qual é padrão em atendimento no Mato Grosso do Sul, foi efetivamente responsável pela referida infecção, ou se a bactéria já estava presente no organismo do apelado que após a fratura penetrou em seu organismo causando as consequências narradas na exordial (f. 355).*
>
> *Importante registrar que, ainda que o apelante tenha adotado todas as medidas cabíveis para evitar casos de infecção hospitalar, ainda assim, sabe-se que não existe hospital com taxa zero, mas sim valores que são considerados aceitáveis, sendo que o Hospital Unimed tem baixíssimas taxas de infecção hospitalar (menos de 15% de taxa global e menos de 10% de infecção em sítio cirúrgico), o que é considerado excelente (f. 356).*
>
> *A prova pericial realizada nos autos é altamente questionável, primeiramente porque o perito não possui qualquer especialização em infectologia e ortopedia, outrossim porque o perito sequer se dignou a visitar o hospital apelante e seu centro cirúrgico, ale, de ter considerado grande parte dos quesitos prejudicados, concluindo-se que o referido profissional não fora diligente com seu encargo (f. 356).*
>
> *(...) que não se pode afirmar com veemência qual a origem da infecção bacteriana que atingiu o apelado, vez que a mesma pode ter sido adquirida no hospital, o qual possui alto rigor no controle de infecções e assepsia, mas é muito mais provável que tenha sido adquirida no âmbito domiciliar, pelo contato com terceiros, com animais, ou com o próprio ambiente, pela negligência na ingestão dos medicamentos indicados, entre outras (f. 356).*
>
> *(...) que ao contrário do afirmado pelo perito judicial a lesão sofrida pelo apelado pode ter uma melhora significativa com um implante articular de joelho, o qual depende exclusivamente do apelado para realização, porém ao que tudo indica o mesmo parece estar adaptado e conformado com sua situação (f. 357).*
>
> *(...) verifica-se que não existe prova contundente de que a apelante agiu com dolo ou culpa causando os danos objetos da presente ação, razão pela qual um decreto condenatório de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se mostra desarrazoado e desproporcional, além de impactar em benefício de uma pessoa em detrimento de toda coletividade de beneficiários da Unimed (f. 357).*
>
> *Assim, a conduta da apelante ainda que na remota hipótese de ser considerada em desacordo com a legislação, não teria potencialidade de causar dano moral, mas apenas*

mero aborrecimento comum da vida em sociedade, não havendo que se falar em qualquer tipo de indenização por dano moral (f. 357).

Logo, o que se espera é um olhar atento aos valores e conceitos inseridos na demanda, e externados, concessa máxima vênia, de formar equivocada pelo apelado, devendo ao final se RO presente recurso provido para julgar improcedente qualquer pedido de cunho indenizatório, vez que restou descaracterizado o nexo de causalidade gerador do dano moral alegado (f. 360).

A apelante expressamente prequestiona as matérias de ordem constitucional e infraconstitucional ventiladas no presente recurso, em especial os artigos 186, 884 e 927, do Código Civil (f. 3610.)

Por derradeiro, requer:

"(...) seja recebido o presente Recurso de Apelação e ao final seja dado integral provimento para retificar a decisão objurgada julgando totalmente improcedentes os pleitos iniciais em relação à apelante. Alternativamente, pugna-se pela minoração da indenização imposta para patamares consentâneos com a realidade dos Tribunais. Por fim, pelas razões ora expendidas, com fundamento nas provas constantes dos autos, espera seja reformada a r; decisão de primeira instância e a reversão dos ônus sucumbenciais." (f. 361).

O apelado, devidamente intimado, suscitou preliminar de ausência de dialeticidade recursal e pugnou pelo improvimento do recurso em suas contrarrazões (fls. 372-392).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelação cível interposta por Hospital Unimed – Unidade Miguel Couto contra sentença proferida (fls. 342v-344v) nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Willian Cafure.

O recurso não merece provimento.

Verifico, de plano, que, com relação à matéria trazida no presente recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em repetições desnecessárias, transcrevo trechos da mesma que servem para embasar a presente decisão:

(...)

Trata-se de ação indenizatória em que o requerente pretendeu a reparação de danos morais que sustentam serem oriundos de ato ilícito praticado pelo requerido, em razão de sua responsabilidade objetiva.

Cinge-se verificar-se nos autos se houve ou não danos morais e qual a extensão da afetação do requerente pela ocorrência eventual do fato. Inicialmente, importa traçar breve relato sobre a responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares e dos médicos, posto que, dependendo da origem dos fatos lesivos, a teoria a ser adotada quanto à responsabilidade será objetiva ou subjetiva.

É que o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor preconiza que a responsabilidade do estabelecimento empresarial é objetiva, bastando a comprovação da

má prestação do serviço, do dano e do nexo de causalidade ligando-os para que surja o dever de indenizar os danos a ele vinculados.

Ressalte-se, tal responsabilidade objetiva encontra-se limitada às hipóteses em que o serviço independe da atividade médica, uma vez que, caso a ação dependa da atuação de um profissional da saúde, deve-se aplicar o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a responsabilidade passa a ser subjetiva.

Por conseguinte, danos relacionados a fatos de serviço hospitalar seguem a Teoria da Responsabilidade Objetiva, enquanto que lesões decorrentes da conduta médica, subordinam-se à Teoria da Responsabilidade Subjetiva, sendo necessária a comprovação da conduta culposa ou dolosa do profissional da saúde (ao lado dos demais requisitos da responsabilidade) para que se possa responsabilizar o estabelecimento hospitalar.

Fixadas estas premissas, tem-se o pedido formulado na inicial é procedente, pois a prova produzida constatou a existência de incapacidade parcial (75%) e permanente das funções do joelho esquerdo do requerente, decorrente da infecção hospitalar contraída no Hospital requerido, conforme indicado na inicial.

Feita a perícia, concluiu-se que "tudo que consta do processo, os documentos apresentados e a perícia que realizo nesta data oferecem elementos suficientes e necessários para se afirmar que a invalidez parcial e permanente que afetou o periciando foi em consequência do ato cirúrgico a que se submeteu em 17/08/2009 no Hospital Miguel Couto." (f. 274).

O requerente acostou aos autos o relatório do fatos narrados na inicial e os documentos que comprovam a realização de cirurgia e pareceres médicos que apuram a infecção hospitalar que acometeu o requerente (f. 47-66). As fotografias de f. 68-70 demonstram a gravidade do quadro infeccioso. Por outro lado, a parte requerida não se desincumbiu de comprovar suas alegações.

Portanto, restou comprovado o nexo de causalidade e a existência de ilícito civil, uma vez que, segundo laudo elaborado, o dano decorreu de uma infecção hospitalar, estando implícita a responsabilidade objetiva por parte do hospital, caracterizado assim o dano moral.

(...)

Assim, não resta dúvida de que o requerente merece ser indenizado, eis que efetivamente sofreu prejuízos de ordem moral, pois seu cotidiano foi totalmente alterado após os fatos: ele exercia a função de policial rodoviário federal e precisou ser reabilitado para outra função administrativa e está incapaz definitivamente para as atividades que envolvam a utilização do membro inferior esquerdo, tais como, caminhar por médias e longas distâncias, correr, praticar futebol, subir e descer escadas com destreza, dirigir veículos em condições normais, 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".

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.

Extrai-se da análise das provas e das informações contidas no processo que transtornos consideráveis foram carreados ao requerente, dando ensejo à tal indenização. No tocante à quantificação de tal indenização, insta salientar que no Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, pelo qual este se vale de um juízo discricionário, a fim de estabelecer o valor indenizatório.

Em outras palavras, não existindo um critério objetivo e matemático para tanto, cabe, então, ao magistrado a peculiar tarefa de, a depender das circunstâncias de cada caso, decidir qual a justa e razoável recompensa pelo dano moral sofrido. Destaca-se que essa fixação não se dá ao bel-prazer do magistrado.

Este deve, "ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo".

No presente caso, tem-se como justa uma indenização no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), suficiente para satisfazer a parte requerente e punir a parte requerida, fazendo com que esta atente para a gravidade do caso, afastando também o enriquecimento sem causa à custa da indenização.

Posto isto, considerando o que dos autos consta, nos termos do art.269, I do CPC, julga-se procedente o pedido inicial para o fim de condenar a parte requerida ao pagamento da indenização por danos morais na quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de correção pelo IGP-M/FGV, a partir da prolação da sentença (Súm. 362, STJ), mais juros de 1% ao mês, a partir da citação. Condena-se a requerida, ainda, ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que se fixa em 10% (dez por cento) do valor da condenação, atendendo aos critérios do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. (Destaquei)

(...).

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, atual Desembargador, Marcelo Câmara Rasslan, o qual bem sopesou o delineamento do conjunto probatório dos autos.

Em suas razões de apelação, o nosocômio recorrente suscita inicialmente prefacial de prescrição e, no mérito, pede a reforma da sentença.

Analiso a seguir a prejudicial de mérito.

Prescrição

Consta dos autos que o autor apelado teve ciência inequívoca da infecção hospitalar que contraiu no Hospital Miguel Couto, ora apelante, no dia 31.8.2006, tendo ingressado com a ação epigrafada no dia 17.8.2011.

A relação estabelecida entre as partes é, a toda evidência, uma relação de consumo, razão pela qual aplicam-se as diretrizes esculpidas pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente o prazo prescricional estipulado no art. 27, o qual trata especificamente da reparação de danos e encontra-se assim redigido:

Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Nesse sentido, eis o entendimento superlativo da jurisprudência:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.*
>
> *1. Prescrição da pretensão indenizatória. Discussão sobre a aplicação - ou não - da regra mais favorável ao consumidor, no período abrangido pelo Código Civil/1916, em que o prazo prescricional era vintenário, e período de transição entre aquele diploma e o Código Civil/2002, com a aplicação da regra do art. 2.028 deste Código. Isso por que o CDC trouxe, a partir de sua vigência, prazo quinquenal para a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Ou seja, prazo menor do que o previsto na legislação civil vigente até 2003. 2. Aplicação da legislação especial - qual seja, a consumerista - em detrimento da geral - a civil -, em que pese menos favorável ao consumidor. Precedentes de jurisprudência do STJ e TJRS. 3. Dessa forma, considerando que o evento danoso ocorreu em 21.02.2001 - conforme expressamente consignado pela parte autora em sua petição inicial (fl. 04) - e aplicando-se o prazo prescricional quinquenal do diploma consumerista, tem-se que prescrita a pretensão posta na ação ajuizada em 07.11.2006. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.*[1]

Destarte, rejeito a preliminar de prescrição suscitada pelo ora apelante, eis que a contagem do prazo demonstra que ainda não havia transcorrido os cinco anos da data do conhecimento do fato até a propositura da ação.

Mérito.

A partir da entrada em vigor da Lei n. 8.078/1990, a responsabilidade dos hospitais passou a ser objetiva, levando em conta que os mesmos são fornecedores de serviços, razão pela qual respondem independentemente de culpa pelo serviço falho prestado ou posto à disposição do consumidor.

No caso, o contexto probatório comprova que o serviço prestado pelo apelante foi a causa da infecção contraída pelo apelado, estando caracterizada a falha, bem como o nexo de causalidade entre esta e dano causado (incapacidade), o que impõe o dever de indenizar.

Outrossim, impende consignar que, ao contrário do afirmado pelo hospital recorrente, a procedência do pedido não se baseou em meras presunções, mas sim em dados concretos, em especial dos laudos e prescrições médicas elaborados pelos profissionais que assistiram o apelado à época do fato (fls. 47-66).

1 TJRS - Apelação Cível n. 70039263686, 9ª Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 10/11/2010.

Nesse contexto, não tendo o apelante logrado êxito em comprovar a ausência de falha na prestação de serviço e, de outra banda, tendo o conjunto probatório atestado que a infecção foi adquirida pelo apelado enquanto esteve internado nas dependências do referido hospital, a qual ocasionou sequelas irreversíveis no paciente, resta evidente o dever de indenizar do nosocômio.

Outrossim, por um critério de razoabilidade, considerando a repercussão dos fatos na vida do ora apelado e os transtornos gerados, tenho que o valor da condenação estabelecido em R$ 50.000,00 encontra-se adequadamente fixado e guarda consonância com os objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, sem que haja um enriquecimento sem causa da vítima.

Por derradeiro, com relação ao prequestionamento arguido, não há necessidade de manifestação expressa sobre o dispositivo constitucional invocado, eis que toda a matéria posta em discussão foi examinada à luz dos pontos levantados, além do que o magistrado "não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado"[2]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Hospital Unimed – Unidade Miguel Couto para manter incólume a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

2 STJ, EDcl no RMS 22067 / DF, Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJe 6.3.2008.

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1406841-31.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ARROLAMENTO DE BENS – REMOÇÃO – PREJUÍZOS – MANUTENÇÃO DO DEPÓSITO NAS MÃOS DO DEVEDOR – POSSIBILIDADE – CARÁTER EXCEPCIONAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 666 §1º DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão que determinou a permanência dos bens penhorados com o executado, se a remoção puder lhe causar evidentes prejuízos, consoante firmes precedentes estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as hipóteses prescritas no art. 666, §1º, do CPC - quais sejam, a necessidade de concordância do credor e a existência de dificuldade de remoção do bem constrito - não são absolutas.

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, 31 de março de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

José Roberto Bertazzo interpõe agravo de instrumento contra decisão (fls. 12-15) proferida nos autos de ação cautelar de arrolamento de bens promovida em face de Joaquim Oliveira Vieira.

Insurge-se o ora agravante contra a decisão que determinou liminarmente o arrolamento dos bens da empresa ora agravada, nomeando como depositário o primeiro agravado, alegando, em suas razões recursais, que (i) "Quanto à nomeação do depositário na cautelar de arrolamento, pode ser aplicado o que diz o art. 666, par. 1º, do CPC" de onde se depreende que "em regra, o executado (ou requerido) não será depositário do bem, salvo se a parte ex adversa com isso concordar" (f. 4); (ii) "a decisão agravada, que anteriormente fora objeto de embargos de declaração, não trouxe fundamentos concretos para a nomeação do primeiro agravado como depositário dos bens" não sendo suficiente a assertiva de que encontram-se na posse do agravado, considerando-se a existência de "risco evidente de dilapidação dos bens"; (iii) "o fato do primeiro agravado negar o acesso do agravante aos bens e recusar-se a realizar o balanço especial da sociedade, mesmo depois de notificado para tanto, demonstram sua MÁ FÉ, revelando o perigo de dissipação, extravio, ocultação, avaria e alienação dos bens" (f. 5); (iv) "a integralidade do direito autoral encontra-se ameaçada, bem assim a efetividade da tutela jurisdicional a ser concedida na reconvenção distribuída nos autos da ação para apuração de haveres supracitada" (f. 7)

Ao final, requer a "antecipação da tutela recursal para determinar a nomeação do agravante como depositário dos bens descritos às fls.3-4 da inicial", o provimento do recurso e, por corolário, a confirmação da liminar e a reforma da decisão agravada, e, de modo sucessivo, a nomeação de terceira pessoa como depositária, ou, ainda, em sendo mantida a decisão versgatada, roga para que "seja lacrado o local em que se encontram os bens a serem arrolados, até o final dos trabalhos de levantamentos e depósito, para a preservação da integralidade do patrimônio e para a correta conclusão da tarefa ordenada, nos termos do art. 860 do CPC" (fls. 8-9).

Os autos foram distribuídos por vinculação a este Relator (f. 132).

Decisão de f. 134 recebeu o presente recurso no efeito devolutivo.

O ora agravado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (fls. 136-141), pugnando pelo improvimento do presente agravo.

Foram prestadas informações pelo magistrado de piso à f. 205.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

José Roberto Bertazzo interpõe agravo de instrumento contra decisão (fls. 12-15) proferida nos autos de ação cautelar de arrolamento de bens promovida em face de Joaquim Oliveira Vieira Junior e outro.

A decisão agravada, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *(...) Como é cediço, o arrolamento é medida que visa preservar os bens sobre os quais incide o interesse da parte, sendo requisito para a sua concessão o fundado receio de extravio ou dissipação dos bens, além do interesse na conservação dos bens.*
>
> *Examinando-se os autos, verifica-se que o requerente demonstrou, pelo menos para um juízo próprio de cognição sumária, que manteve sociedade com o primeiro requerido nominado para constituição da segunda requerida nominada, sendo que se mostra crível que o patrimônio da segunda requerida nominada tenha sido constituído pelo esforço comum dos sócios, restando evidente o interesse na conservação dos bens.*
>
> *Como os bens estão em nome da segunda requerida nominada e em poder do outro requerido, mostra-se também razoável o receio de que ocorra a dissipação do patrimônio comum em prejuízo do requerente. Destarte, em razão dos argumentos expostos, concedo a medida liminar para determinar o arrolamento dos bens da segunda requerida nominada até o limite de R$ 169.612,56 e que estão na posse do primeiro requerido nominado, devendo ficar como depositário de tais bens. Expeça-se mandado para tal fim (...).* (Destaquei)

O ora agravante insurge-se contra a noticiada decisão, alegando, em suas razões recursais, que (i) "Quanto à nomeação do depositário na cautelar de arrolamento, pode ser aplicado o que diz o art. 666, par. 1º, do CPC" , de onde se depreende que "em regra, o executado (ou requerido) não será depositário do bem, salvo se a parte ex adversa com isso concordar" (f. 4); (ii) "a decisão agravada, que anteriormente fora objeto de embargos de declaração, não trouxe fundamentos concretos para a nomeação do primeiro agravado como depositário dos bens" não sendo suficiente a assertiva de que encontram-se na posse do agravado, considerando-se a existência de "risco evidente de dilapidação dos bens"; e (iii) deve ser deferida a tutela recursal para determinar a nomeação do agravante como depositário dos bens descritos às fls. 3-4 da inicial.

Nego provimento ao recurso.

Com efeito, o artigo 666, §1º, do CPC, dispõe que:

Os bens penhorados serão preferencialmente depositados:

(...)

§1º Com a expressa anuência do exequente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado.

Ora, ao contrário do alegado pelo recorrente, a disposição contida no artigo de lei supratranscrito não é absoluta, pois o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade da permanência dos bens penhorados com o executado, quando a remoção puder lhe causar evidentes prejuízos, além daquelas hipóteses levantadas relativas à concordância do credor e à dificuldade de remoção do bem constrito.

Eis os precedentes:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. ARRESTO. PRODUÇÃO DE AÇÚCAR. SUBPRODUTO DAS LAVOURAS DE CANA DE AÇÚCAR EMPENHADA. REMOÇÃO DO BEM. FUNGIBILIDADE. MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA. PREJUÍZOS. MANUTENÇÃO DO DEPÓSITO EM FAVOR DO DEVEDOR. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 655, § 1º; E 666, § 1º, DO CPC.

(...)

Embora tenha sido alterada a regra geral no tocante à nomeação do depositário de bens constritos para a garantia da execução (art. 666, § 1º), sendo tal encargo, após a Lei 11.382/2006, preferencialmente atribuído a outrem que não o próprio devedor, essa nova regra, de fato, não é absoluta, devendo ser cotejada com as demais regras e princípios do processo de execução, notadamente, o da menor onerosidade, prevista no art. 620 do CPC.

Além das hipóteses de concordância do credor e de dificuldade de remoção do bem constrito (art. 666, § 1º do CPC), o devedor poderá permanecer na sua posse, exercendo o encargo de depositário, quando a remoção do bem puder lhe causar evidentes prejuízos.(...).[1]

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. BENS PENHORADOS. POSSE DO DEVEDOR. JUSTA CAUSA. ART. 666 DO CPC . REGRA NÃO ABSOLUTA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA. DECLARATÓRIOS PROCRASTINATÓRIOS. MULTA. CABIMENTO.

1. A regra contida no art. 666 do Código de Processo Civil não é absoluta, sendo facultado ao juiz ou tribunal avaliar, no caso concreto, a conveniência de os bens permanecerem depositados em poder do executado. Precedentes.[2]

No caso dos autos, como visto, o juiz manteve com o executado, em caráter excepcional, como é possível ser feito, os bens arrolados, pois este encontra-se na posse dos móveis, equipamentos e materiais de informática e escritório constritados, isto porque entendeu o magistrado haver dificuldade e pouca ou nenhuma utilidade na remoção dos mesmos.

1 Resp 1304196/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014.

2 AgRg no REsp 1262256/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 14/05/2014

Anote-se, por fim, que as demais objeções trazidas pelo ora agravante dizem respeito à matéria de mérito, a qual, por certo, será enfrentada quando da análise de fundo dos pedidos, a ser feita em sede de juízo de cognição exauriente, após a devida instauração do contraditório e regular dilação probatória.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta a decisão hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0103572-15.2007.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO ODONTOLÓGICO – IMPLANTE DENTÁRIO – LESÃO DE NERVO - IMPERÍCIA COMPROVADA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – REPARAÇÃO DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Se a autora/apelante apresenta dor decorrente de lesão de nervo labial/alveolar/trigêmeo, que não foi provocada por paralisia pré-existente, nem doença, infecção ou medicação posterior e as dores surgiram e não mais cessaram após a colocação e retirada dos implantes pelo apelado, a lesão só pode ter sido provocada pelos procedimentos de colocação/retirada por ele realizados. Até porque os exames sugerem a perfuração do canal mandibular e indicam que houve a colocação dos implantes mais para dentro do osso do que deveriam. Ademais, a perícia deve ser interpretada em conjunto com os demais elementos de prova juntados aos autos, que também evidenciam a lesão de nervo provocada no procedimento de implante realizado pelo apelado. 2. A autora/apelante logrou êxito em comprovar a imperícia do apelado em seu tratamento dentário, enquanto o réu/apelado não se desincumbiu de provar que agiu com perícia ou que sobreveio fato impeditivo, modificativo ou extintivo da imperícia e consequentemente do direito da autora/apelante, nos termos do art. 333 do CPC. 3. Inafastável, portanto, a responsabilidade civil do apelado, de onde se extrai o dever de indenizar tanto pelos danos materiais, quanto morais, suportados pela apelante, impondo-se, em consequência, a reforma da sentença recorrida.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Eloide Kalinque Rocha interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da ação indenizatória que promove em face de Rodrigo Bucker Ruiz. Sustenta que ajuizou esta ação em face do dentista apelado, porque realizou implante de cinco próteses dentárias e quatro dias depois do último implante um dos dentes caiu, passou a sentir formigamento e passou a sentir constantes dores, ao que o apelado respondeu que era normal. Argumenta que após um mês de analgésicos as dores não diminuíram e o apelado indicou um médico no mesmo prédio de seu consultório que se limitou a receitar outro analgésico que também nada resolveu. Afirma que procurando outros dentistas indicados pelo apelado, realizou tratamentos de canal, o que foi inútil e só lhe impôs mais sofrimento. Assevera que após procurar vários dentistas recebeu o diagnóstico de que as dores eram

provenientes de uma lesão no nervo alveolar inferior esquerdo e que os implantes deveriam ser elevados acima do nível em que foram colocados e então procurou o apelado que após muito insistência extraiu os implantes e limitou-se a afirmar que erros acontecem, não poderia fazer mais nada e que poderia procurar seus direitos. Alega que em face ao ocorrido buscou ajuda em diversos campos da medicina, despendendo de vultosa quantia e suportando quando sofrimento físico e psicológico. Defende que, ao contrário do que concluiu o juízo *a quo,* estão presentes os requisitos da responsabilidade civil. Aduz que o médico neurologista atesta que a lesão do nervo labial foi causada pela intervenção odontológica e que a prova pericial não afasta a culpa do apelado. Sustenta que mesmo afastado o erro no procedimento, a culpa do apelado deve prevalecer pela sua negligência no pós operatório. Pugna pelo provimento.

O apelado não apresentou contrarrazões, apesar de intimado (f. 482).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Eloide Kalinque Rocha interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da ação indenizatória que promove em face de Rodrigo Bucker Ruiz.

Extrai-se dos autos que a autora/apelante ajuizou a presente ação indenizatória em face do dentista/apelado, alegando que após este realizar procedimentos de implantes dentários, uma das próteses caiu e passou a ter dores e formigamentos na face. Afirmou que procurou então o requerido/apelado e que este a encaminhou ao neurologista e em seguida a outro dentista que procedeu ao tratamento de canal para cessar as dores, porém sem sucesso. Prosseguiu sustentando que, inconformada, continuou procurando o requerido, além de outros médicos e dentistas, chegando ao diagnóstico de lesão de nervo alveolar inferior esquerdo e colocação de prótese em nível inadequado, o que a levou a procurá-lo novamente para retirada das próteses, o que foi realizado, mas sem resultado em relação às dores. Relatou a procura por novos tratamentos e o diagnóstico de lesão no nervo labial esquerdo, ao que o requerido limitou a afirmar que erros acontecem e que procurasse seus direitos. Aduz que continuou procurando tratamento para as dores, sendo atestado novamente por outro dentista o erro na colocação dos implantes, razão pela qual requereu a indenização por danos materiais e morais.

Em contestação o requerido defendeu que a autora chegou ao seu consultório queixando-se de dores, para o que sugeriu os implantes dentários para melhora da oclusão, deixando claro que a dor não passaria em definitivo. Argumentou que solicitou exames pré-operatórios de radiografia panorâmica, sangue e urina. Afirmou que da análise da radiografia chegou à conclusão de que a altura de segurança para as próteses seria de 10 mm. Asseverou que os procedimentos foram realizados corretamente, mas que a autora retornou a seu consultório inúmeras vezes, inclusive sem hora marcada, referindo dores, ao que era prescrita medicação e encaminhada a especialistas. Argumentou que fez tudo o que estava a seu alcance, que a autora afirmava melhora e depois voltava alegando dores e pedindo a remoção dos implantes, ao que foi atendida somente em relação à última prótese, considerando ser a única que poderia ter causado sensibilidade. Sustentou que, por fim, a autora retornou ao consultório orientada por um advogado com uma lista de gastos, exames, remédios e consultas, querendo reembolso de despesas, com o que discorda.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que não houve comprovação de falha na prestação do serviço odontológico de colocação de implantes dentários proposto pelo requerido/apelado. Aduz que o perito utilizou-se muito de palavras subjetivas, como “poderia”, “provavelmente”, “sugere”, deixando de indicar de forma clara a causa dos problemas da autora. Ressaltou, ainda, que restou demonstrado nos autos que o requerido efetuou diversos atendimentos à requerida, o que indica sua preocupação com a continuidade do tratamento e disposição em resolver o problema que ela alegava.

Consoante relatado, a autora recorre defendendo que, ao contrário do que concluiu o juízo *a quo,* estão presentes os requisitos da responsabilidade civil. Aduz que o médico neurologista atesta que a lesão do nervo labial foi causada pela intervenção odontológica e que a prova pericial não afasta a culpa do apelado. Sustenta que mesmo afastado o erro no procedimento, a culpa do apelado deve prevalecer pela sua negligência no pós operatório.

Pois bem.

Não se pode olvidar que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, médicos, dentistas, deverá ser apurada mediante a verificação da culpa, nos termos do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que sua atividade caracteriza-se, em regra, como de meio e não de resultado.

Marcelo Leal de Lima Oliveira, na obra Responsabilidade Civil Odontológica[1], esclarece:

> *"(...) Assim, apesar dos altos índices de sucesso, não se pode afirmar com segurança que a especialidade seja uma obrigação de resultado. A solução para a determinação da culpa do implantodontista e seu consequente dever de indenizar deve, sem dúvida alguma, passar pela análise de sua atuação no caso concreto a partir da lex artis ad hoc."*

O autor Miguel Kfouri Neto[2] define *lex artis ad hoc* como sendo *"o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina – arte ou Ciência Médica – visando a verificar se a atuação é compatível – ou não – com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor do resultado obtido."*

Assim, necessário demonstrar a conduta culposa do médico/dentista, ao realizar procedimento com imperícia, imprudência ou negligência, não podendo ser esquecido, que apesar de se tratar de obrigação de meio, é dever do profissional aplicar os meios necessários à consecução do melhor resultado ao paciente.

Esse entendimento encontra guarida na jurisprudência pátria, consoante julgados que trago à colação:

> *"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO DENTISTA - ERRO ODONTOLÓGICO - AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA E DO NEXO CAUSAL - DANOS MORAIS E MATERIAIS - INEXISTÊNCIA. - A obrigação de reparar do cirurgião dentista exige a comprovação de que o profissional tenha agido com imperícia, negligência ou imprudência, além da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta médica e as conseqüências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil. - Recurso não provido."* (TJ-MG - AC: 10016120120585001 MG , Relator: Alvimar de Ávila, Data de Julgamento: 11/09/2013, Câmaras Cíveis / 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/09/2013).

E ainda,

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO EM PROCEDIMENTO ODONTOLÓGICO. CIRURGIÃO-DENTISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA DO PROFISSIONAL. 1. Plano de Saúde. Ilegitimidade passiva em ação de indenização por erro clínico intentada contra profissional liberal credenciado. Inexistência de relação de subordinação ou vínculo empregatício. 2. A responsabilidade civil do profissional liberal, inclusiva dos cirurgiões-dentistas, é subjetiva, verificada a partir do exame da culpa. 3. Ausência de conduta imperita por parte do profissional quando do diagnóstico e tratamento na lesão apresentada pelo paciente.*

1 Belo Horizonde: Ed. Del Rey, 1999, p. 92

2 **Responsabilidade Civil do Médico,** 7ª ed, São Paulo: RT, 2010, p. 189/190

> *Exames solicitados que, no momento, se apresentavam adequados diante do quadro clínico apresentado. Existência de tumor ("ameloblastoma plexiforme") que somente restou clinicado após diversas análises por especialistas. Prova pericial conclusiva a afastar a culpa do cirurgião dentista. Indenização: descabimento."* (TJ-RS - AC: 70038593927 RS , Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 03/05/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/05/2012).

Diante disso, resta verificar se houve falha nos serviços prestados pelo dentista/apelado e se os problemas constatados nos nervos da face da autora/apelante ocorreram em razão de sua negligência, imprudência ou imperícia.

Ao contrário do que concluiu o juízo *a quo*, tenho que o laudo pericial evidencia a culpa do apelado.

Note-se que o apelado buscou em sua defesa atribuir as dores após os implantes à paralisia facial que acometia a autora/apelante antes do tratamento por ele realizado. No entanto o perito é claro ao afirmar que a Paralisia Facial Periférica pode evoluir com sequelas, mas que *"a região do lábio inferior é inervada em sua parte sensitiva (sensação de dor) pelo nervo trigêmeo e não pelo nervo facial que nessa região é responsável pela parte motora (...). Sendo assim, pode-se dizer que a paralisia de nervo facial por si só não provocaria dores na região do lábio inferior como as relatadas na petição inicial."* (f. 375) E assevera (f. 374) *"é possível afirmar que a dor relatada pela paciente, no lábio inferior esquerdo, não se deve a uma alteração do nervo facial (paralisia facial) pré-existente."*

Importante anotar, também, que as testemunhas são seguras em afirmar que antes do tratamento dentário realizado pelo apelado, a apelante era pessoa saudável, sem queixas de dores e que depois dos implantes passou sofrer constantemente com dores, procurando médicos e dentistas, inclusive fora da cidade de Dourados, em Campo Grande e no Paraná (f. 423).

Ora, se a autora era pessoa saudável e sem dores e se o único problema anterior (Paralisia Facial Periférica) não tinha o condão de causar as dores e formigamentos por ela descritos, questiona-se o que os teria causado.

O perito indica que a parestesia de um nervo poderá ter as seguintes causas: mecânicas, patológicas, físicas, químicas e microbiológicas.

O apelado não logrou êxito em comprovar que a autora/apelada tivesse qualquer patologia, infecção ou utilização de medicamentos que pudessem ter causado a parestesia constatada pelas causas patológicas, físicas, químicas e microbiológicas.

O perito indica que as causas mecânicas, como o trauma na cirurgia é uma das causas possíveis para o quadro da autora/apelante e atesta que *"os achados de Tomografia (...) sugere uma possível perfuração do canal mandibular"*. E continua, alegando que *"há indícios nos exames realizados pela paciente após a remoção dos implantes de que provavelmente a instalação, ou remoção, dos implante do dente 36 pode ter sido a causa do quadro doloroso." (...) As dores persistiram, mesmo após a retirada dos implantes, provavelmente, por se tratar de um tipo de lesão mais grave no nervo."* (f. 376)

Atribuo as palavras tidas por subjetivas pelo Juízo, como decorrentes da impossibilidade do perito afirmar quando a lesão do nervo foi causada, em qual procedimento realizado pelo apelado, se quando da colocação da prótese no contato direto da broca com o nervo, se na compressão do nervo pelo implante, se no aquecimento do osso no procedimento de perfuração ou ainda na remoção dos implantes.

Este é o texto do perito (f. 376):

> *"(...) Esta lesão poderia ter sido provocada, provavelmente, por uma injúria mecânica (contato direto no nervo pela broca ou compressão do nervo pelo implante) ou física (aquecimento do osso durante o procedimento de perfuração) ou ainda na remoção dos implantes."*

Ao elaborar os quesitos 20 e 21, o requerido/apelado tenta questionar a interpretação da radiografia panorâmica, sugerindo que haveria uma falsa impressão de proximidade do pino com o nervo. Porém, o perito admite que a panorâmica causa este equívoco, mas acrescenta que a dúvida é dirimida pela TC (Tomografia Computadorizada) a qual *"sugere que o canal mandibular tenha sido perfurado"*. (f. 384)

O perito também aponta a causa provável da dor: *"uma vez lesionados, o nervo alveolar inferior e suas ramificações, poderiam ser responsáveis pela queixa de dor apresentada pela paciente."* (f. 378)

Por fim, considerou o juízo *a quo* que o perito afirmou que o apelado adotou boa técnica científica. A meu ver, no entanto, tenho que o perito elaborou resposta evasiva, ao responder *"Cada profissional possui uma linha de trabalho, fundamentada na sua formação técnica-científica. Os procedimentos descritos nos autos fazem parte de um boa técnica científica e cirúrgica, dentro da conduta de atuação que provavelmente o demandado segue."* (f. 385)

O perito então não afirma que foi adotada a técnica adequada, mas a técnica adequada para a linha de formação e trabalho adotada pelo apelado. Abstém-se, assim, de dizer se a técnica é boa e adequada sob a sua ótica ou sob o prisma da odontologia.

Outrossim, além das evidências de lesão do nervo, o erro na altura do implante também indica a imperícia do apelado. Ao ser questionado acerca da altura de segurança do implante, o perito responde que, ao analisar o Rx Panorâmico, constata que estes implantes ficaram aproximadamente 7mm dentro do osso, quando deveriam ter, no máximo, 5mm dentro do osso para ser instalado nessa área. (f. 377)

Dessarte, o perito afirma que o tipo de dor apresentada pela autora/apelante pode ser causado por lesão no nervo alveolar inferior, que os exames sugerem lesão deste nervo e que a colocação/retirada de implante é passível de causar tal espécie de lesão. Afirma, ainda, que existem outras causas para a parestesia de nervo, além da lesão mecânica de nervo, como os danos causados por patologias, excesso de calor ou frio, químicas ou microbiológicas.

Para as conclusões e formação de convicção, então, basta ao Juízo somar dois mais dois.

Se a autora/apelante apresenta dor decorrente de lesão de nervo labial/alveolar/trigêmeo, que não foi provocada por paralisia pré-existente, nem doença, infecção ou medicação posterior e as dores surgiram e não mais cessaram após a colocação e retirada dos implantes pelo apelado, a lesão só pode ter sido provocada nos procedimentos de colocação/retirada por ele realizados. Até porque os exames sugerem a perfuração do canal mandibular e indicam que houve a colocação dos implantes mais para dentro do osso do que deveriam.

Ademais, a perícia deve ser interpretada em conjunto com os demais elementos de prova juntados aos autos.

Resta claro que após o implante dentário a autora/apelante passou por verdadeira peregrinação procurando médicos (homeopata f. 26, neurologista f. 28, cirurgião f. 29, neurologista f. 35) e dentistas (cirurgião dentista f. 38, dentista f. 50, etc.) de especialidades diversas, submetendo-se a exames, tratamento de canal, ingestão de medicamentos, na vã tentativa de que cessassem as dores constantes que a acometiam.

Note-se que todas as declarações de especialistas que a autora/apelante juntou aos autos com a petição inicial atribuem as dores à traumatismo/lesão de nervo alveolar inferior esquerdo (f. 29, f. 35, f. 38), o qual, como visto, não pode ter outra origem que não a realização/extração de implantes realizada pelo apelado.

Convém anotar que o laudo odontológico elaborado pelo Cirurgião Dentista Eduardo Yamasaki (f. 38), citado na sentença, realmente afirma que não houve perfuração do nervo alveolar inferior esquerdo, mas confirma a existência da lesão, embora sem perfuração, pois ao final assevera: *"Importante salientar que devido à natureza da lesão (nervosa) fica difícil de estabelecer sua extensão e possibilidade de reversão completa do quadro apresentado pela paciente."*

O perito, inclusive, esclarece que existem outras formas de lesionar o nervo, além da perfuração, como por exemplo o aquecimento com broca ou compressão com implante (f. 376).

O médico Mário Eduardo Rocha Silva, cirurgião maxilo-facial, prestou declaração escrita no sentido de que (f. 30): *"a paciente apresenta dor labial inferior em decorrência de traumatismo nervo alveolar inferior esquerdo"*.

Enquanto o médico neurologista José Antonio Menegucci atesta (f. 35): *"A lesão do N. Labial Esq. está comprovada com exame neurofisiológico."*

Não prospera a defesa do apelado no sentido de que a apelante não teria realizado ou tido paciência para realizar o tratamento homeopático por ele indicado, pois o documento de f. 26 evidencia que o médico homeopata limitou-se à prescrever para a apelante apenas *3 gotas de uma fórmula, em jejum, dose única, um dia só.*

Aliás, restou evidenciado pela farta documentação juntada com a inicial e também pela prova testemunhal, que antes de ingressar com a presente ação a apelante seguiu todas as orientações do apelado, procurando os médicos e dentistas por ele recomendados, além de outros, sempre retornando ao seu consultório para que ele providenciasse uma solução amigável para seu problema, porém sem sucesso.

Por isso, não tenho dúvidas em afirmar que a autora/apelante logrou êxito em comprovar a imperícia do apelado em seu tratamento dentário, enquanto o réu/apelado não se desincumbiu de provar o contrário, ou seja, que agiu com perícia ou que sobreveio fato impeditivo, modificativo ou extintivo da imperícia e consequentemente do direito da autora/apelante, nos termos do art. 333 do CPC.

Inafastável, portanto, a responsabilidade civil do apelado, de onde se extrai o dever de indenizar tanto pelos danos materiais, quanto morais, suportados pela apelante, impondo-se, em consequência, a reforma da sentença recorrida.

No que se refere aos danos materiais deve o apelado arcar com as despesas comprovadas pela autora/apelante tanto pela realização do tratamento de implantes incorretamente realizado pelo apelado, quando pelo que desembolsou e ainda terá que desembolsar para identificar o problema e solucioná-lo de modo a restabelecer a função dentária e deixar de sentir dor.

Para ser ressarcida pelo que gastou até a propositura da ação, a autora/apelante requer na inicial o valor de R$ 15.223,16, e para tanto junta recibos e planilha de cálculo impugnados pelo apelado.

A título de danos materiais tenho que devem ser indenizadas apenas as despesas efetivamente comprovadas, corrigidas a partir do desembolso e acrescidas de juros a contar a citação.

O apelado impugnou na contestação os recibos pagos em nome Clayton Isac W. Moreira Rocha e, de fato, somente podem ser ressarcidos os valores comprovadamente desembolsados pela própria autora/apelante, pois a ninguém é dado exigir em nome próprio direito alheio, nos termos do art. 6º do CPC.

Os lançamentos da planilha de f. 62/63 equivalem aos recibos emitidos em favor da autora/apelante juntados às f. 43/60.

Outrossim, observo que muito embora a autora/apelante tenha requerido no capítulo relativo aos pedidos na inicial o valor de R$ 15.223,16 de reembolso de despesas, sua planilha e recibos somam o montante de R$ 11.572,00 sem correção. Sendo assim, excluindo dos R$ 11.572,00 os valores dos recibos emitidos em favor de Clayton Isac W. Moreira Rocha (f. 49 – R$ 200,00, f. 50 – R$ 200,00 e f. 56 – R$ 840,00), tem-se que os valores a serem ressarcidos totalizam o valor de R$ 10.332,00, a serem corrigidos a partir do desembolso e acrescidos de juros a contar da citação.

Quanto aos valores a serem indenizados pelo que a autora/apelante desembolsou depois da propositura da ação, dada sua incerteza por ora, tenho que deverão ser apurados em futura liquidação de sentença.

Com relação ao tratamento futuro e necessário à solução dos problemas pelos quais a apelante ingressou com a presente ação deverá o apelado viabilizá-lo e custeá-lo.

Resolvida essa questão, passo ao exame do pedido de indenização por danos morais, que encontra guarida no 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"*. (destaquei).

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira[3] a respeito do tema em comento diz o seguinte:

> *"O fundamento da reparabilidade pelo dano moral, está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como `qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária´, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.* (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n. 525)*"*.

No caso contido nestes autos, certamente que se está diante de dano moral puro, plenamente indenizável, porque indenizável é a dor sofrida pela apelante, que em razão da imperícia do implantodontista, experimentou grave sentimentos de dor, além da desolução pela dificuldade de tratamento e reparação do nervo lesionado, sem mencionar o prejuízo estético, dado o insucesso do implante e imprestabilidade da prótese móvel que utilizava.

Não se pode olvidar, por importante, que ainda maior sofrimento está por vir, posto que ao ser questionado acerca do tratamento indicado o perito afirma (f. 378):

> *"Sim, segundo a literatura consultada, como já passou a cicatrização e as dores ainda persistem, o indicado é a realização de uma microneurocirurgia para tentar restabelecer a interrupção do nervo, dependendo de cada caso, faz-se a ligadura do nervo passivamente ou através de sutura, ou utilizando exerto retirada de parte de outro nervo ou através de um conduto de material aloplástico que serviria como um contudo para dirigir o nervo para a cicatrização, o sucesso é pouco previsível e o efeito colateral principal é a perda da inervação da área que doará o enxerto do nervo."*

3 **Responsabilidade Civil,** Ed. Forense, p. 54

Assim, além de toda a dor pela qual a autora/apelante já passou e ainda passará, existe a possibilidade de, com a tentativa de restabelecer o nervo lesionado, não se obtenha sucesso e reste sequela de outro nervo que doará o enxerto. Inequívoca, portanto, a dor física, bem como a angústia da incerteza.

A jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que:

> *"A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do pretium doloris. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro".*[4]

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de determinada soma às vítimas, quantificada mediante *"arbitruim boni viri"* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Confira-se o entendimento esposado pelo Des. Walter Moraes, na Apelação Cível n. 113.190 , 2ª C., RT 650/66:

> *"O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade de qualquer equiponderância de valores, tem outro sentido como anota Windscheid acatando posição de Wachter: compensar uma sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao § 455, das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro, deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia (El Daño Moral, p. 28) 'uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido', pois 'o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimação dos padecimentos, o temor pelas conseqüências definitivas ou transitórias do dano emergente".*

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma* ***soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso,*** *e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*[5] *(destaquei)*

4 RT 613/184

5 ob. cit., p. 60

Dadas as circunstâncias, em sendo certo que o valor a ser arbitrado não pode ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento da apelante e redução à miserabilidade do apelado, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, uma vez que não há base em qualquer diploma legal que venha a estabelecer os limites e quantitativos para a indenização por dano moral, o *quantum* a ser fixado deve ser capaz de amenizar a dor e compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido.

No caso em tela, observadas as condições econômicas do ofensor (profissional liberal) e ofendida (do lar) e as circunstâncias do fato, tenho que a indenização pelo dano moral deve ser fixada em R$ 20.000,00, condizente, aliás, com o valor arbitrado em casos semelhantes em outros Tribunais pátrios. Confira:

> *"APELAÇÃO - **Erro Odontológico - Implante Dentário -** Indenização por danos materiais e morais - Procedência. 1) Laudo Pericial categórico reconhecendo que a compressão do nervo alveolar inferior direito foi causada por colocação do implante além dos limites anatômicos da paciente, causando a parestesia - Tratamento executado que não se encontra dentro das normas técnicas científicas da odontologia - Responsabilidade das corrés caracterizada - Pessoas jurídicas que são parceiras e respondem objetivamente pelo defeito na prestação dos serviços efetuados pela dentista também parceira - Solidariedade reconhecida - Incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor. 2) Danos materiais comprovados - Ressarcimento de R$ 6.133,40 com correção monetária do desembolso, pela Tabela Prática do Tribunal e juros de mora de 1% ao mês da citação. 3) Obrigação de arcar com todas as despesas comprovadas e decorrentes do tratamento para o restabelecimento da autora - Manutenção. 4) **Dano moral configurado e fixado com razoabilidade em R$ 20.000,00,** com correção monetária pela Tabela do Tribunal a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês da citação. 5) Sucumbência pelas corrés que responderão pelas custas e todas as despesas do processo, além dos honorários arbitrados em 10% sobre a condenação (CPC, art. 20, § 3º) - 6) Honorários advocatícios contratados - Acolhimento - Valor razoável de R$ 2.840,00 - Manutenção (CC, artigos 389, 404 e 995. 7) - Decisão de Procedência Mantida. Recurso Improvido".* (TJ-SP - APL: 00335621420118260002 SP 0033562-14.2011.8.26.0002, Relator: Egidio Giacoia, Data de Julgamento: 02/12/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/12/2014) – destaquei

E ainda,

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **ERRO EM PROCEDIMENTO ODONTOLÓGICO.** CIRURGIÃO-DENTISTA. RESPONSABILIDADE DA RÉ CONFIGURADA. DANOS OCORRENTES. A responsabilidade da clínica dentária - que é solidária à do dentista - depende da análise da atuação culposa do profissional liberal a ela vinculado. Precedente. Evidenciada a imperícia do profissional dentista quando da realização de implante dentário na autora. **Secção neurofisiológica do nervo alveolar inferior. Rompimento que acarretou na perda da sensibilidade e parestesia facial.** Extração do siso que não era necessário, acarretando em prejuízos na recomposição dentária da paciente. Ausência de correto tratamento pelo dentista após as lesões causadas. Nexo causal e dever de indenizar demonstrados. Dano moral que se tem por presunção, in re ipsa, diante dos problemas apresentados à consumidora em razão da má intervenção pelo profissional. Prova pericial que apontou sequelas. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. **Valor mantido [R$ 20.000,00].** Juros de mora. Relação contratual. Incidência a partir da citação. Os honorários advocatícios devem estar adequados a remunerar condizentemente o profissional do Direito. Majoração do percentual fixado ao patrono da demandante. Deram provimento em parte aos recursos. Unânime."* (TJ-RS - AC: 70046212353 RS , Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 13/12/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/01/2013) - destaquei

Esse montante deverá ser corrigido pelo IGPM desde a deste julgamento, nos termos da súmula 362 do STJ, e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação, por se tratar de relação contratual.

Em razão desse desiderato, ante a sucumbência mínima da autora/apelante, devem ser invertidos os ônus de sucumbência, devendo o apelado suportar integralmente o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que merecem ser arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, amparado nos fundamentos expostos, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação para o fim de reformar a sentença e julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, condenando o requerido, ora apelado, ao pagamento de indenização por danos materiais das despesas já realizadas e comprovadas que totalizam o valor de R$ 10.332,00, a serem corrigidos a partir de cada desembolso e acrescidos de juros a contar da citação. Quanto aos valores a serem indenizados pelo que a autora/apelante desembolsou depois da propositura da ação, dada sua incerteza por ora, deverão ser apurados em futura liquidação de sentença. Por outro lado, com relação ao tratamento futuro e necessário à solução dos problemas pelos quais a apelante ingressou com a presente ação deverá o apelado viabilizá-lo e custeá-lo integralmente, o que deverá ser feito, no prazo de 10 dias, contados do trânsito em julgado deste julgamento, sob as penas da lei. Condeno o apelado também à indenização por danos morais que arbitro em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos pelo IGPM desde a data deste julgamento e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, desde a data da citação. Condeno-o, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação, sopesados que foram os parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte.

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

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, 23 de junho de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0806746-84.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – NÃO COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS INICIAIS – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEMANDANTE – ART. 257 DO CPC – FORMALISMO PROCESSUAL AFASTADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Não se trata na hipótese de extinção do processo, em decorrência do inciso III do art. 267 do CPC, devido abandono, mas sim por descumprimento ao disposto no art. 257 do CPC, para o que a lei não prevê a intimação pessoal, daí que incide *in casu* a regra geral de intimação da parte interessada, através de seu advogado.

2. Não se vislumbra apego excessivo ao formalismo processual, tendo em vista que o Juízo da causa, verificando a existência do vício, oportunizou ao autor sua regularização. O julgamento de extinção sobreveio apenas em razão da inércia do apelante.

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, 26 de maio de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Banco Itaucard S/A interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que determinou o cancelamento do feito na distribuição, em razão do não recolhimento do preparo inicial. Sustenta a necessidade de intimação pessoal do autor antes da intimação do procurador, inexistente nos autos; que nos termos do § 1º, do art. 267, do CPC, imprescindível a intimação do patrono para fins de extinção do processo (incisos I e III); que houve excesso de rigor e formalismo. Pugnou pelo provimento do recurso, determinando-se o retorno dos autos a sua origem para regular prosseguimento.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Itaucard S/A, objetivando a reforma da sentença que determinou o cancelamento do feito na distribuição, em razão do não recolhimento do preparo inicial.

Sustenta o apelante que seria necessário a intimação pessoal do autor para fins de extinção do feito, nos termos do § 1º, do art. 267, do CPC, e que houve excesso de rigor e formalismo.

Pelo que se vislumbra dos autos, verificada a não comprovação do pagamento das custas iniciais, o banco apelante foi devidamente intimado na pessoa de seu advogado a regularizar a pendência, sob as penas da lei (f.28). Diante de sua inércia, o feito foi extinto nos termos dos arts. 19, 257 e 267,IV, do CPC (f.31).

Ao enfrentar questão idêntica, o STJ firmou o seguinte entendimento:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PREPARO NO PRAZO DE TRINTA DIAS. AUSÊNCIA. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO. -* ***A ausência de preparo no prazo de 30 dias impõe o cancelamento da distribuição, independentemente de intimação pessoal, nos termos do art. 257 do CPC****. - Agravo não provido."* (AgRg nos EDcl no REsp 1300595/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013) destaquei.

Daí que, independentemente do depósito referir-se à integralidade ou mera complementação das custas iniciais, aplicar-se-á ao caso em tela o art. 257 do CPC, o qual expressamente consigna que: *"Será cancelada a distribuição do feito que, em 30 (trinta) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada."*

Note-se que, a rigor, nem sequer há extinção processual, porque nem se permite o início de sua marcha, mas sim cancelamento da distribuição, para o que a lei não prevê a intimação pessoal da parte, incidindo a norma do art. 236 do CPC, *in verbis:"No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial."*

Portanto, havendo na legislação processual norma que trata especificamente do recolhimento do preparo inicial, não merece prosperar a alegação de que na hipótese a extinção do processo exigiria prévia intimação pessoal do autor, uma vez que tal previsão somente se aplica para os casos de abandono por mais de trinta dias, o que não se confunde com a ausência de preparo.

Esta Quinta Câmara Cível, por maioria, também deste modo já manifestou a respeito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUSTAS INICIAIS – INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEMANDANTE – DESNECESSIDADE – ARTIGO 257 DO CPC – IMPROVIDO."* (TJMS - Apelação Cível N. 2009.018462-6, Relator Designado Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, J. 03/09/2009).

Não vislumbro, ademais, apego excessivo ao formalismo processual, tendo em vista que o Juízo da causa, verificando a existência do vício, oportunizou ao autor, ora recorrente, sua regularização, que não veio para os autos. De sorte que o julgamento de extinção sobreveio apenas em razão da inércia do apelante.

Posto isso, conheço e nego provimento ao presente recurso de apelação, mantendo incólume a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de maio de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0818304-50.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA RECEBIDA PELO PORTEIRO DO PRÉDIO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA – NULIDADE AFASTADA – PUBLICAÇÃO NA MÍDIA – IMPUTAÇÃO DE CRIME DE FRAUDE E FURTO DE ENERGIA – INFORMAÇÃO QUE DEIXOU DE RETRATAR A REALIDADE DOS FATOS – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR INDENIZATÓRIO REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Apesar de afirmar que não se encontrava sediada no endereço declinado na exordial à época da citação, a apelante não trouxe aos autos qualquer documento capaz de corroborar o alegado. O fato da funcionária da portaria do prédio não fazer parte do quadro funcional da empresa, mas sim do condomínio, por si só não ilide a citação realizada via postal, uma vez que ao receber as correspondências dirigidas a apelante, o porteiro atua como verdadeiro preposto (Teoria da Aparência).

Quando da publicação da matéria jornalística, o procedimento administrativo não havia encerrado, de forma que a notícia veiculada foi além dos fatos reais, imputando crime a empresa apelada, para o qual ainda estava sendo notificada para apresentação de defesa. Nessas circunstâncias a apelante fez incutir no leitor severa repulsa ao comportamento ético e moral da apelada. Ao assim agir, negligenciou a apuração da verdade concreta, base de sua reportagem e terminou impondo gravame à honra e a imagem da apelada, restando suficientemente provado o excesso praticado e os fundamentos de direito necessários à procedência do pedido indenizatório.

Sopesando-se a gravidade da ofensa e o nível econômico das empresas envolvidas, a indenização deve ser reduzida para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Dourados News Empresa Jornalística e Editora Ltda. interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na presente ação de indenização por danos

morais promovida por RM Sorvertes. Sustenta a nulidade da citação, em razão de não ter sido efetuada na pessoa de seu representante legal; que a assinatura do AR foi feita pela funcionária da portaria do prédio de Sidney Xavier, que não possui qualquer relação com a empresa recorrente; que, inclusive, a apelante não se encontrava sediada naquele local e que o aviso de recebimento não traz a indicação de entrega de correspondência em "mão própria" do representante legal da empresa. No mérito, destaca a atuação da recorrente nos limites dos direitos de informação e liberdade de expressão; que não há nada de inverídico na notícia veiculada, haja vista que a própria apelada ao subsidiar seu pedido de justiça gratuita trouxe aos autos cópia do auto de infração lavrado contra si pela Enersul, constatando a irregularidade e a consequente aplicação da multa, como noticiou a recorrente em sua matéria. Insurge-se contra o valor arbitrado a título de danos morais, requerendo sua redução. Pugnou pelo provimento do recurso, determinando-se a nulidade da citação e demais atos, para que seja realizada nova citação da apelante e a reforma integral da sentença, julgando-se totalmente improcedente o pedido, ou ainda, a redução do valor arbitrado a título de danos morais.

Em contrarrazões, a apelada requereu o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Dourados News Empresa Jornalística e Editora Ltda, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na presente Ação de Indenização por Danos Morais promovida por RM Sorvertes.

Da nulidade da citação

Inicialmente, alega a recorrente nulidade da citação, em razão de não ter sido efetuada na pessoa de seu representante legal; que a assinatura do AR foi feita pela porteira do prédio de Sidney Xavier, não possuindo aquela funcionária qualquer relação com a empresa recorrente; que, inclusive, a apelante não se encontrava sediada naquele local e que o aviso de recebimento não traz a indicação de entrega de correspondência em "mão própria" do representante legal da empresa.

Pois bem, apesar de afirmar que não se encontrava sediada no endereço declinado na exordial à época da citação, a apelante não trouxe aos autos qualquer documento capaz de corroborar o alegado. Por outro lado, o fato da funcionária da portaria do prédio não fazer parte do quadro funcional da empresa apelante, mas sim do condomínio, por si só não ilide a citação realizada via postal.

Em situações idênticas já se posicionou a jurisprudência:

> *"**NULIDADE DA CITAÇÃO PESSOA JURÍDICA AVISO DE RECEBIMENTO DA CARTA CITATÓRIA FIRMADO PELO PORTEIRO DO PRÉDIO COMERCIAL ONDE ATÉ ENTÃO ERA SEDE DA EMPRESA RÉ - ATO JUDICIAL VÁLIDO APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA PRELIMINAR AFASTAD**A. AÇÃO DE COBRANÇA SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES - DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS QUE SÃO SUFICIENTES PARA DEMONSTRAR A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELA RÉ DE DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER NA DATA AVENÇADA, COM EXPRESSA ANUÊNCIA ÀS CONDIÇÕES E ÀS TARIFAS DE SOBRE-ESTADIA REVELIA DECRETADA TERMO DE COMPROMISSO REGULAR COM CONDIÇÕES LIVREMENTE NEGOCIADAS VERBA DEVIDA ANTE O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL AÇÃO JULGADA PROCEDENTE SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPRÓVIDO."* (TJ-SP - APL: 00289844020128260562 SP 0028984-40.2012.8.26.0562, Relator: Paulo Roberto de Santana, Data de Julgamento: 26/06/2013, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2013) destaquei.

> *"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DA SENTENÇA. CONTRADIÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A PARTE DISPOSITIVA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO DO WRIT. NOTIFICAÇÃO POSTAL DE PESSOA JURÍDICA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECEBIMENTO PELO PORTEIRO DO PRÉDIO COMERCIAL ONDE SE SITUA A SEDE DA PESSOA JURÍDICA NOTIFICADA. VALIDADE. PROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA E DA APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. 1...4. No âmbito do processo judicial, a citação postal da pessoa jurídica é considerada válida se a correspondência de citação for recebida no endereço da sua sede ou estabelecimento, ainda que por funcionário ou empregado que não tenha poderes específicos para receber citação em seu nome ou que não tenha sua administração ou poderes para representá-la em juízo. Esse entendimento coaduna-se com a realidade do funcionamento do serviço postal no qual, devido ao volume de correspondências e destinatários, o carteiro não tem contato direto com os diretores, administradores e representantes das pessoas jurídicas, de modo que as correspondências a elas destinadas são entregues em suas portarias ou setor específico destinado a esse fim. Esse entendimento deve ser aplicado ao processo administrativo. Precedentes do STJ. 5.* ***O fato de o porteiro do edifício que recebeu a notificação não ser empregado da impetrante, mas sim do condomínio onde sua sede se localiza, não infirma esse raciocínio. 6. É que a sede da impetrante ocupa andar de edifício comercial. Logo, é de se presumir que o funcionário do edifício comercial esteja autorizado a receber ordinariamente as correspondências da impetrante, já que o comum, o ordinário, o normal, em edifícios comerciais, é que o empregado do condomínio receba todas as correspondências, de qualquer espécie, destinadas aos condôminos ou ocupantes do prédio, exatamente para evitar que todos tenham acesso às dependências das empresas lá sediadas. 7. Assim, a menos que a pessoa jurídica expressamente proíba o funcionário do edifício comercial de receber as correspondências a ela destinadas, o que jamais foi provado nos autos, o porteiro assume um papel de preposto das empresas localizadas no edifício quanto ao ato de recebimento de suas correspondências. 8. A prevalecer a tese da impetrante, ela poderia escolher as intimações que lhe interessa receber, bastando alegar o recebimento pelo porteiro.*** *9. Remessa necessária e apelação da União Federal providas."* (TRF-2 - AMS: 200251010036940 RJ 2002.51.01.003694-0, Relator: Juiz Federal Convocado Luiz Mattos, Data de Julgamento: 21/06/2011, Quarta Turma Especializada, Data de Publicação: E-DJF2R - Data:04/07/2011 - Página:87) destaquei.

Finalmente, o fato de o aviso de recebimento não ter sido remetido com a observação de "mão própria" justifica-se em razão de tratar-se de pessoa jurídica, cujo representante legal nem sempre é a pessoa responsável pelo recebimento das correspondências, sendo na maioria das vezes aplicada a teoria da aparência.

Feitas essas considerações, fica rejeitada a preliminar de nulidade da citação.

Mérito

Insurge-se a apelante no sentido de que não há nada de inverídico na notícia veiculada, haja vista que a própria apelada ao subsidiar seu pedido de justiça gratuita trouxe aos autos cópia do auto de infração lavrado contra si pela Enersul, constatando a irregularidade e a consequente aplicação da multa, como noticiou a recorrente em sua matéria.

Pois bem, conforme se depreende da matéria divulgada em abril/2013, constou expressamente:

> *"**Fábrica de sorvete é flagrada com fraude de energia***
>
> *Empresário tentou mascarar até 95% da medição do consumo e vai pagar maí de R$ 20 mil. O cálculo já foi feito e segue para ser quitado pelo o responsável. Ele que também responderá criminalmente pela fraude é dono da fábrica RM Sorvetes, uma unidade industrial que funciona na rua Tenente Tenere, 324, no Jardim Panamá, zona oeste de Campo Grande onde se concentra hoje um dos maiores índices de furto de energia e que gera um prejuízo atual da ordem de R$ 6 milhões... **A fábrica de sorvetes foi uma das empresas identificadas com fraude. Na RM Sorvetes a adulteração no sistema de medição chegou a omitir até 95% da energia consumida. Com essa prática criminosa** em determinados meses, **a energia furtada** dava para abastecer cerca de 50 casas populares..."* (f.17) destaquei.

Ocorre que de acordo com o Aviso de Irregularidade na Medição de f. 35, em momento algum são utilizadas as expressões "fraude, prática criminosa ou furto de energia". E nem poderia, pois naquela oportunidade o responsável pela unidade consumidora ainda estava sendo comunicado da constatação de "deficiência técnica no equipamento de medição" e da existência de valores em aberto referente a apuração do consumo não faturado ou faturado a menor, bem como da possibilidade de interpor recurso no prazo de 30 (trinta) dias, acaso houvesse discordância. Note-se que o aviso foi datado de 20 de maio de 2013.

Portanto, quando da publicação da matéria jornalística, ou seja, em abril/2013, o procedimento administrativo não havia encerrado, de forma que a notícia ali veiculada foi além dos fatos reais, imputando crime a empresa apelada, para o qual ainda estava sendo notificada para apresentação de defesa.

Nessas circunstâncias, a apelante fez incutir no leitor severa repulsa ao comportamento ético e moral da apelada. Ao assim agir, negligenciou a apuração da verdade concreta, base de sua reportagem, e terminou impondo gravame à honra e a imagem da apelada. Diante de tais circunstâncias, tenho que restou suficientemente provado o excesso praticado pela apelante e os fundamentos de direito necessários à procedência do pedido formulado na presente ação indenizatória.

Com relação aos danos morais, a questão posta a julgamento encontra-se consubstanciada no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito, regulada pelo artigo 186 do Código Civil, segundo o qual:

> *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".* (destaquei)

Com isso, de tudo o que foi explanado até aqui não se pode olvidar que a moral da apelada foi diretamente atingida. Assim, verificada a responsabilidade da apelante e o respectivo dever de indenização, passo a análise da insurgência quanto ao valor fixado em primeiro grau, qual seja, R$ 36.200,00.

É certo que o dano de natureza moral não pode ser compreendido por simples equação matemática, de expressão puramente pecuniária. A indenização do dano moral mediante determinada prestação patrimonial não tem o propósito de recompor o dano em si mesmo, uma vez que, em geral, este jamais se desfaz por inteiro. Nesse aspecto devem ser compreendidas as premissas que norteiam o arbitramento do quantitativo da indenização, onde entre elas se destacam o propósito da sanção, diante do conteúdo pedagógico com o qual se apresenta: a gravidade da lesão; a intensidade da culpa ou dolo do agente; o comportamento da vítima; a repercussão patrimonial da indenização em favor da vítima e em detrimento do responsável e a satisfação da vítima diante da abalo do seu nome perante os clientes, fornecedores e população em geral, já que se trata de pessoa jurídica.

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.)

Feitas essas considerações, sopesando-se a gravidade da ofensa e o nível econômico das empresas envolvidas, entendo que a indenização deve ser reduzida para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Posto isto, conheço do presente recurso de apelação interposto por Dourados News Empresa Jornalística e Editora Ltda em face de RM Sorvetes Ltda e dou-lhe parcial provimento, apenas para reduzir a indenização a título de danos morais para o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso e correção monetária pelo IGPM/FGV. Ficam mantidos os demais termos da sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 31 de março de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0000046-97.2010.8.12.0011/50000 - Coxim
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA–AGRAVOREGIMENTALEMAPELAÇÃOCÍVEL–AÇÃODEINDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VÍDEO ÍNTIMO FILMADO POR CELULAR – DISPONIBILIZAÇÃO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES – NEGLIGÊNCIA DO PROPRIETÁRIO DO APARELHO CONFIRMADA – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – ABSOLVIÇÃO CRIMINAL NÃO GERA CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

As evidências apontam para a culpa do agravante, porque faltou com o seu dever de vigilância sobre o aparelho celular, já que optou por deixá-lo sem senha de acesso e ao alcance de terceiros. Desta forma, a divulgação do vídeo causou incomensurável ofensa à intimidade e moral da agravada, a qual deve ser ressarcida, nos termos do inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar à apelada um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida e de outro lado serve como fator de punição para que o recorrente reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

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, 16 de junho de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Renan Ferreira Coral, inconformado com a decisão monocrática proferida no recurso de apelação cível interposto nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, que lhe moveu Aline da Mota Santos, interpõe o presente regimental.

Alega, em síntese, que a absolvição em processo criminal por insuficiência de provas não enseja o dever de indenizar, bem como restou comprovado que o vídeo íntimo não foi divulgado pelo agravante, tão pouco este concorreu para a sua divulgação, não trazendo a agravada aos autos nenhuma comprovação do dolo ou da culpa daquele.

Ao final, postula a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Renan Ferreira Coral, irresignado, com a decisão monocrática que negou seguimento ao seu recurso de apelação cível, interpõe o presente regimental.

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Trata-se de apelação cível interposta por Renan Ferreira Coral, inconformado com a sentença (fls. 249/255) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, que lhe moveu Aline da Mota Santos.*
>
> *Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.*
>
> *Tenho que não assiste razão ao apelante, porquanto a matéria controvertida consiste em aferir a responsabilidade do recorrente quanto à divulgação do vídeo íntimo realizado com a permissão da apelada.*
>
> *Em pese não haver provas da divulgação do vídeo na rede mundial de computadores, é inquestionável a abrangência dilatada e a velocidade extrema que vídeos compartilhados pelos celulares podem atingir, circunstância que, a toda evidência, resulta em um dano moral. A propósito da configuração de dano moral em situações dessa natureza, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *Os verdadeiros "apedrejamentos virtuais" são tanto mais eficazes quanto o são confortáveis para quem os pratica: o agressor pode recolher-se nos recônditos ambientes de sua vida privada, ao mesmo tempo em que sua culpa é diluída no anonimato da massa de agressores que replicam, frenética e instantaneamente, o mesmo comportamento hostil, primitivo e covarde de seu idealizador, circunstância a revelar que o progresso técnico-científico não traz consigo, necessariamente, uma evolução ética e transformadora das consciências individuais. Certamente, os rituais de justiça sumária e de linchamentos morais praticados por intermédio da internet são as barbáries típicas do nosso tempo. Nessa linha, não parece adequado que o Judiciário adote essa involução humana, ética e social como um módico e inevitável preço a ser pago pela evolução puramente tecnológica, figurando nesse cenário como mero expectador.* (REsp 1306157/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 24/03/2014).
>
> *Pois bem , embora não exista nos autos prova inequívoca de que foi o recorrente quem divulgou as cenas íntimas do casal, há elementos suficientes para demonstrar que ele foi negligente ao armazenar o vídeo em seu celular, o que pode ter permitido que algum amigo ou conhecido seu tenha disponibilizado a outras pessoas, até chegar a rede mundial de computadores. Assim, incumbia ao apelante, na qualidade de possuidor do aparelho celular, o dever de guarda e vigilância para que o conteúdo lá constante não fosse divulgado.*
>
> *De fato, a divulgação do vídeo causou incomensurável ofensa à intimidade e moral da apelada, a qual deve ser ressarcida, nos termos do inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Neste sentido, confira-se trechos extraídos dos bem lançados fundamentos da sentença objurgada:*

"(...)

Verifica-se que a autora propôs esta ação visando a reparação de danos materiais e morais por parte do requerido, alegando que sofreu os danos em razão da divulgação de vídeo contendo cenas íntimas, vídeo que foi gravado pelo requerido quando da existência de um relacionamento amoroso entre eles.

Inicialmente, cumpre esclarecer que de forma consagrada e expressa, a Responsabilidade Civil está prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, que prevê o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, possibilitando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação destes direitos fundamentais.

Segundo preveem os artigos 186 e 927 do Código Civil, para a caracterização da responsabilidade civil, que no caso é subjetiva, necessária a comprovação de um ilícito praticado pelo agente, do dano sofrido pela vítima, da culpa do agente e do nexo de causalidade entre o ilícito e o dano.

Fixadas essas premissas e atento ao que consta dos autos, verifico que houve ilícito a ser reparado.

É inconteste nos autos que o requerido, com o consentimento da autora, gravou o vídeo em seu celular, vídeo esse que posteriormente foi divulgado, seja por intermédio de mensagens entre celulares, seja por intermédio do sítio Youtube.

Tal afirmação consta no depoimento do próprio requerido, que só soube afirmar em qual aparelho de celular foi feita a gravação, mas afirma que foi feita por ele.

É verdade que o requerido é taxativo ao afirmar que jamais divulgou ou mostrou a alguém o que havia gravado. Em razão dessa afirmação, e a da ausência de provas de que foi ele quem envio o vídeo, foi absolvido pelo crime a ele imputado.

Porém, essa absolvição não gera consequências no âmbito cível. Isso porque ele foi absolvido por ausência de provas de ter sido o autor do crime.

No entanto, a divulgação do vídeo, no caso, ainda que não tenha sido por ele autorizado ou disponibilizado, ainda assim é de sua responsabilidade civil.

Isso porque a culpa, ainda que mínima, gera o dever de indenizar. E, no caso, ainda que não tenha divulgado, é fato que o requerido foi negligente ao armazenar o vídeo com cenas íntimas, o que permitiu que algum amigo ou conhecido seu tenha disponibilizado.

Se o requerido tivesse sido diligente, teria inserido senha para acesso ao celular, ou ao vídeo, ou ainda não teria permitido que outros utilizassem seu celular, o que teria evitado a publicação do vídeo.

É de se destacar, outrossim, que o infortúnio ocorreu neste município de Coxim, que se trata de cidade do interior, onde um fato dessa natureza se espalha de forma rápida e para diversas pessoas que conhecem os envolvidos, que na maioria das vezes não hesitam em propagar o vídeo.

Tais fatos, levam, indubitavelmente, à conclusão de que a autora viu a sua honra subjetiva e objetiva, imagem e dignidade atingidas, fazendo jus, assim, a reparação pelo abalo moral suportado, em virtude da conduta do requerido.

Assim, tem-se que houve um ato culposo do requerido, que não guardou o vídeo com as cautelas que lhe eram exigidas, que gerou um abalo moral na autora, e há o nexo de causalidade entre eles.

Agregue-se que as testemunhas foram uníssonas em afirmar que a autora realmente sentiu-se abalada com a divulgação do vídeo.

Em se tratando de direito personalíssimo, o dano, embora não seja prontamente aferível, vez que, como já afirmado, não repercute no patrimônio material do ofendido, repercute em seus valores íntimos, decorrendo da ofensa à própria dignidade da vítima e a direitos que integram a privacidade, que a ninguém é dado invadir.

Ademais, é fato que a publicidade foi ampla, de modo que a extensão dos danos foi de nível considerável.

Na inexistência de critérios técnicos ou recursos científicos para aferir o exato alcance dos sentimentos morais, a fim de que se estabeleça o valor da retribuição financeira, cabe ao arbítrio do magistrado estabelecer o quantum a ser fixado a título de indenização.

Isso também porque a jurisprudência não encontrou consenso quanto aos critérios a serem adotados na quantificação das indenizações de dano moral, exigindo-se a análise de cada caso, atentando-se essencialmente ao princípio da proporcionalidade.

Desta forma, exige-se prudente arbítrio do juiz, que deve levar em consideração a gravidade da ofensa e as circunstâncias fáticas, o comportamento e a realidade econômica do ofensor, estipulando um valor suficiente para reparar o mal sofrido, cuidando para não propiciar enriquecimento sem causa, mas, por outro lado, devendo ser capaz de dissuadir a prática de novas ofensas, tendo, assim, um caráter pedagógico.

A autora é pessoa de boa índole, que não tinha máculas ao seu comportamento. O réu, por outro lado, era estudante na época dos fatos, e não se tem notícias de seu poder aquisitivo.

Assim sendo, parece-me que o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) é condizente com o caráter compensatório e pedagógico que deve ser atribuído a essa espécie de indenização, valor este que deverá ser suportado pelo Requerido.

Quanto aos danos materiais, não verifico como se dar a procedência do pedido inicial. Isso porque a autora não logrou comprovar que tenha sido demitida do emprego por conta dos fatos descritos na inicial.

As testemunhas ouvidas não souberam indicar nem mesmo se ela foi demitida ou se pediu demissão, quanto mais a causa efetiva do rompimento do contrato.

Desse modo, não se pode imputar ao requerido o pagamento do salário da autora, sem que haja um nexo evidente entre o ato do requerido a a perda do emprego pela autora.

Nos termos do art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova cabia à parte autora relativamente ao fato constitutivo de seu direito".

Assim sendo, as evidências apontam para a culpa do apelante, porque faltou com o seu dever de vigilância sobre o aparelho celular, já que optou por deixá-lo sem senha de acesso e ao alcance de terceiros.

Corroborando com o entendimento acima exposto, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

DANOS MORAIS. EXPOSIÇÃO DA HONRA OBJETIVA E DA IMAGEM. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1 - Para que se configure o dano moral, necessário intenso desconforto emocional da pessoa prejudicada, em razão de conduta lesiva de terceiro.

2 - É ilícita a conduta de ex-namorada que, de forma agressiva e desnecessária, expõe a imagem e a honra objetiva de ex-namorado perante o filho e terceiros, causando-lhe danos morais.

3 - A indenização por danos morais possui caráter compensatório. Inexiste critério rígido para se fixar indenização a esse título. No entanto, na sua fixação, deve se levar em conta, além do nexo de causalidade (art. 403, do Cód. Civil), os critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

4 - Recurso não provido. (Acórdão n.486120, 20090111478527APC, Relator: JAIR SOARES, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/03/2011, Publicado no DJE: 10/03/2011. Pág.: 254).

Como destacado, inexiste qualquer circunstância que implique na modificação da sentença combatida, que se mostra jungida aos contornos do conjunto probatório dos autos.

Quanto a fixação do quantum dos danos morais, ressalta-se que deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido. Neste sentido:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - TROCA DE CADÁVERES. ATRASO NO SEPULTAMENTO - DANO MORAL - QUANTUM - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.

1. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. (...)". (AgRg no Ag 1251348/RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 2009/0225790-0 – Relatora: Ministra ELIANA CALMON - Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 18/05/2010 Data da Publicação/ Fonte DJe 25/05/2010 - REVFOR vol. 409 p. 436).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO.

1. Os danos morais na sua expressão econômica devem assegurar a justa reparação e a um só tempo vedar o enriquecimento sem causa do autor, mercê de considerar a capacidade econômica do réu, por isso que se impõe seja arbitrado pelo juiz de forma que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade. (...)." (REsp 1133257/RJ - RECURSO ESPECIAL n.º 2009/0064907-9 – Relator: Ministro LUIZ FUX - Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 27/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 02/02/2010).

"APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DE ENERGIA ELETRICA. COBRANÇA INDEVIDA DE TAXA DE RELIGAÇÃO DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO ART.972 DO CPC. DOR. VALORAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS PARCELAS COBRADAS IRREGULARMENTE. IMPROVIMENTO.

Os critérios na fixação da indenização por dano moral devem ficar ao prudente arbítrio do julgador que, com seu subjetivismo e ponderação, encontrara sempre a melhor solução para cada caso. A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e também um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no "arbitrium boni viril" do julgador. Na qualificação da reparação do dano moral ha observar, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, a atividade, as condições social e econômica do ofendido, seu conceito público e privado, além da capacidade de o ofensor suportar o encargo. Assim há considerar seu poder de inibição ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem." (Apelação Cível - Classe B - XV, 710954. Corumbá. Rel. Des. José Augusto de Souza. Segunda Turma Cível Isolada. Unânime. J. 14/03/2000, DJ-MS, 10/05/2000, pags. 10-11).

Silvio Rodrigues, prelecionando acerca desta matéria, ensina que: "(...) deve ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima". (in Direito Civil. Responsabilidade Civil. Quarta edição. Ed. Atlas 2004).

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar à apelada um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida e de outro lado serve como fator de punição para que o apelante reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

No caso vertente, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes, bem como os prejuízos suportados pela apelada, o quantum indenizatório deve ser mantido no valor fixado na sentença recorrida.

Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho ensina que, "(...) na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano". E continua, "(...) importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com 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 econômicas do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes". Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. 2003. p. 108.

Assim, levando em consideração a capacidade econômica das partes, o grau de censurabilidade da conduta imputada ao recorrente e a gravidade dos constrangimentos suportados, o valor fixado na sentença de R$ 20.000,00, comparece adequado para a compensação do dano moral.

Em face do exposto, com fulcro no art. 557, caput do Código de Processo Civil, conheço do recurso e nego-lhe seguimento, mantendo inalterada a sentença recorrida".

A decisão singular bem analisou todas as questões postas via apelação cível, não logrando o recorrente trazer na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a combatida decisão.

Consigno, inclusive, que o recorrente limitou-se a rebater a decisão singular com os mesmos argumentos expostos por ocasião das razões da apelação, o que me conduz a reafirmar meu posicionamento já externado por ocasião da decisão denegatória de seguimento.

No mesmo sentido da decisão agravada, colaciono alguns julgados deste Sodalício:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE OCORRIDO EM RODOVIA ESTADUAL. VEÍCULO QUE ABALROA BICICLETA QUE TRANSITAVA NA FAIXA DE ROLAMENTO, À NOITE, CAUSANDO A MORTE DO CICLISTA. ABSOLVIÇÃO NA SEARA PENAL. POSSIBILIDADE ABSTRATA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. ACIDENTE. CULPA STRICTU SENSU DO MOTORISTA NÃO COMPROVADA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. I.* ***A absolvição do réu no juízo criminal, por não ter concorrido para a infração penal (art. 386, IV, do cpp), não impossibilita a discussão de eventual responsabilidade civil pela reparação dos danos morais e materiais.*** *II. Dadas as circunstâncias da causa, não há como Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS FL. 4010708-80.2013.8.12.0000 presumir a culpa strictu sensu do motorista que atropela ciclista, mormente quando, a toda evidência, o acidente ocorreu apenas porque a vítima encontrava-se em rodovia erma, à noite, sem dispositivos de segurança (dispositivos luminosos refletivos de luz,), sobre a faixa de rolamento, cujo local é próprio para o trânsito de veículos automotores. III. Considerado que, nos termos do art. 333, I, do código de processo civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e tendo o requerente se descurado de comprovar a culpa strictu sensu do motoristaempregado no evento danoso, é de rigor improver o recurso por ele manejado, que objetivava a responsabilização da empregadora.* (TJ-MS; APL 0500210-74.2007.8.12.0022; Anaurilândia; Terceira Câmara Ca Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; DJMS 27/06/2013; Pág. 15). Negritei.

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO - ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL POR FALTA DE PROVAS DE TER A AGRAVANTE CONCORRIDO PARA O DELITO NÃO AFASTA A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO NA SEARA CÍVEL – NÃO DEMONSTRADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PELO JUÍZO CRIMINAL – POSSIBILIDADE ABSTRATA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.* ***A absolvição do réu na esfera criminal, por não haver provas de que este tenha concorrido para a infração penal (art. 386, IV, do cpp), não afasta possibilidade de pleito de indenização por danos morais em virtude de eventual responsabilidade civil na seara cível.*** (12 de dezembro de 2013 5ª Câmara Cível Agravo de Instrumento - Nº 4010708-80.2013.8.12.0000 - Nova Andradina Relator – Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso). Negritei.

Ante o exposto, conheço, mas nego provimento ao regimental, mantendo integralmente a decisão monocrática invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0042154-40.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – RECONHECIMENTO – AGRAVO RETIDO – PRISÃO DO ALIMENTANTE – INAPLICABILIDADE DOS REGIMES DE EXECUÇÃO PENAL – FINALIDADE COERCITIVA – DECISÃO MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Deve o Estado responder solidariamente pela defesa e respeito ao direito dos presos colocados sob sua custódia, sendo, portanto, parte legítima para responder às ações indenizatórias por fatos ocorridos dentro dos estabelecimentos penais.

Segundo o entendimento consolidado em nossos tribunais, apenas em casos excepcionais é tolerado o cumprimento da prisão civil motivada no inadimplemento da obrigação alimentar em situação análoga ao regime prisional aberto, semiaberto ou domiciliar, como quando for o caso de acometimento de males e lesões graves ao alimentante, onde a imposição do cumprimento da prisão civil em regime fechado deflagraria a violação à integridade física e à dignidade do alimentante enquanto pessoa humana, emergindo que, não divisada essa situação casuística, a realização da coação deve ser pautada pelo legalmente preceituado.

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 da relatora.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Estado de Mato Grosso do Sul e Luiz Cândido Barbosa, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, movida pelo segundo em face do primeiro, apelam a este Tribunal.

Em seu recurso, Luiz Cândido Barbosa, alega que "*não fez qualquer confusão em relação ao regime aberto ser sinônimo de liberdade. A sua insurgência se resume ao fato de que, em face da sua precária condição de saúde, que restou cabalmente comprovado nos autos, o mesmo tinha direito de sair durante o dia para continuar o seu tratamento médico, o que não lhe foi autorizado*".

Ao final, requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o recorrido suscita preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, análise do agravo retido às fls. 176/178 e no mérito o não provimento do recurso.

Apela, o Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando a majoração dos honorários advocatícios, de acordo com o art. 20, §3º, do CPC e levando em consideração o valor dado à causa (R$ 250.000,00).

Ao final, requer o provimento do recurso.

Sem contrarrazões.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Estado de Mato Grosso do Sul e Luiz Cândido Barbosa, inconformados com a sentença (fls. 214/218) que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais, que o segundo moveu contra o primeiro.

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Do agravo retido.

Em contrarrazões o Estado de Mato Grosso do Sul requer a apreciação do agravo retido interposto, onde defende sua ilegitimidade para figurar no polo passivo desta ação.

Afirma o agravante que a autarquia responsável pela gerência dos Presídios Estaduais é a AGEPEN, assim não há que se falar em nexo de causalidade entre os atos praticados por seus agentes e a Administração Pública Direta, ou seja, o Estado de Mato Grosso do Sul.

É jurisprudência consolidada neste Sodalício, a existência de litisconsórcio facultativo entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a AGEPEN, porquanto ao recorrente é dado o *dever de responder solidariamente pela defesa e respeito aos direitos dos presos colocados sob sua custódia, sendo, portanto, parte legítima para responder às ações indenizatórias por fatos ocorridos dentro dos estabelecimentos penais*[1]. Neste sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR - ILEGITIMDADE PASSIVA - AFASTADA - MÉRITO - MORTE DE DETENTO POR OUTRO PRESO COLEGA DE CELA - OMISSÃO DO ESTADO - DEVER DE SEGURANÇA DOS CUSTODIADOS - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA POR FATO DO SERVIÇO - DANOS MORAIS DEVIDOS - PRESENTES OS REQUISITOS DO DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - A PARTIR DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - ART. 20, §4º, DO CPC - RECURSO DO ESTADO CONHECIDO E IMPROVIDO - RECURSO ADESIVO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Para que ocorra a legitimidade ad causam, deve haver um vínculo entre os sujeitos da demanda (autor e réu) e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Ou seja, para que o autor seja parte legítima é fundamental que haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do*

1 Apelação Cível nº 2006.015402-6/0000-00.

autor. O Estado de Mato Grosso do Sul é legitimado para responder ação de reparação de danos morais por morte de detento que estava sob a custódia da AGEPEN, havendo com esta litisconsórcio passivo facultativo. (Apelação Cível - Ordinário - n. 0042876-11.2010.8.12.0001, Terceira Câmara Cível, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 06/11/2012)" .

"APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS PRELIMINARES INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO REJEITADAS MÉRITO ESTABELECIMENTO PENAL PRESO ACIDENTE DURANTE TRABALHO INTERNO MARCENARIA CONDIÇÕES PRECÁRIAS CULPA EXCLUSIVA DO ESTADO RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUANTUM INDENIZATÓRIO MANUTENÇÃO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA IGPM/FGV JUROS DE MORA ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.960/2009 RECURSOS VOLUNTÁRIOS IMPROVIDOS REEXAME PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Ocorre litisconsórcio passivo facultativo entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a AGEPEN, o qual poderá ser formado ou não por opção exclusiva de quem ajuíza a ação. Tanto o Estado, quanto à AGEPEN, são legitimados para responder à ação de indenização por danos morais decorrente de acidente ocorrido dentro de estabelecimento prisional. (...). (Apelação Cível - Ordinário - n. 2008.013319-0/0000-00 - Três Lagoas, Quarta Turma Cível, Relator Des.Paschoal Carmello Leandro, julgado em 03/03/2011) " .

"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MORTE DE DETENTO LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO COM A AGEPEN RECURSO PROVIDO. A ação de indenização por danos morais fundada em morte de presidiário pode ser ajuizada tanto em face do Estado de Mato Grosso do Sul quanto da Agepen, tendo em vista a ocorrência de litisconsórcio passivo facultativo. (Apelação Cível - Ordinário - n. 2011.015314-7/0000-00 Dourados, Segunda Turma Cível, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 02/08/2011)" "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO - EXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO COM A AGEPEN - REJEITADA - MÉRITO RECURSAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL - HOMICÍDIO PRATICADO POR OUTRO PRESO - FALHA NO DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO - COMPROVADO O ATO ILÍCITO, O DANO E O LIAME DE CAUSALIDADE - DANO MORAL CONFIGURADO - RECURSO DO DEMANDADO DESPROVIDO – PREQUESTIONAMENTO. (Apelação Cível – Ordinário – nº 0600161-78.2010.8.12.0008, Quarta Câmara Cível, Relator Des. Josué de Oliveira, julgado em 17/07/2012)" .

Desta forma, conheço do agravo mas nego-lhe provimento.

Do mérito.

Alega o autor/ apelante que foi preso, permanecendo em regime fechado durante a pena, sem que as autoridades competentes analisassem a possibilidade da sua saída da Casa de Albergados, apesar das suas constantes reclamações que nunca foram analisadas.

Pois bem, compulsando os autos, tenho que a decisão recorrida não merece reparos.

Conquanto, a prisão civil do devedor de alimentos tem o nítido intuito de servir como instrumento de coerção para a satisfação do débito alimentar, sendo-lhe totalmente estranho o caráter punitivo e o propósito ressocializador da segregação penal, entretanto, de fato, trata-se de uma efetiva prisão, capaz de

compelir o devedor ao pagamento dos alimentos devidos, coerção essa de natureza totalmente diversa das regras que norteiam o regime prisional ínsito à condenação criminal.

De fato, o magistrado foi preciso ao discorrer que:

> *"Ocorre que o autor confunde, data venia, o regime aberto fixado na decisão com a liberdade. Quando a decisão menciona o regime aberto, próprio de prisão criminal, deu-se ênfase ao local a ser cumprido, sem contudo significar que deveria ficar em liberdade.*
>
> *Registre-se que a interpretação dado ao artigo 36 do Código Penal, aplicado ao caso cível em tela, não veda que o autor ficasse preso integralmente, até porque na sua condição de aposentado não havia necessidade de saída para o trabalho.*
>
> *Salienta-se, por fim, que a própria natureza coercitiva da prisão alimentícia é incompatível com a pretendida liberdade do autor até porque se solto ficasse a norma não teria significado algum. (...)".* Fl. 217.

Neste sentido, confira-se:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ART. 733 DO CPC. PRISÃO CIVIL. CUMPRIMENTO EM REGIME FECHADO E PELO PRAZO DE 60 DIAS, NO CASO. 1. A utilidade do meio processual eleito pelo credor depende, justamente, da efetiva privação de liberdade do apenado, com o que a prisão albergue, ou similar seu, seria uma simulação de prisão, que desnaturaria o próprio teor coativo da prisão civil. Decretação da prisão civil pelo regime fechado. 2. Considerando que o devedor há mais de três anos não honra com regularidade com seu dever e que já foi preso anteriormente pela existência de débito alimentar, mostra-se adequada a determinação da prisão civil pelo prazo de sessenta dias. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.* (Agravo de Instrumento Nº 70061278156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 02/10/2014).
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RITO DO ART. 733, DO CPC. PRISÃO POR DÍVIDA DE ALIMENTOS ATUAIS. MODO DE CUMPRIMENTO. Não há regime legal estipulado para a prisão por dívida de alimentos. O Ofício-circular da CGJ é apenas uma recomendação. No conflito entre os valores "vida" do alimentado e "liberdade" do alimentante, dá-se maior prevalência ao valor "vida". Nos regimes aberto ou semi-aberto não há verdadeiro "sacrifício" da liberdade do alimentante. Via de conseqüência, não há "garantia" efetiva para a vida do alimentado. Ademais, se a justificativa do alimentante/devedor foi rejeitada, quando decretada a prisão dele, é porque ficou assentado o entendimento de que ele pode pagar imediatamente o que deve. E se ele pode pagar agora e ainda não pagou, então talvez a segregação total nos moldes do regime fechado seja justamente a medida necessária para coagi-lo a adimplir o débito. De forma que a prisão civil por dívida de alimentos atuais deve ser cumprida com segregação total, nos moldes do regime fechado. Precedentes jurisprudenciais. NEGARAM PROVIMENTO.* (Agravo de Instrumento Nº 70059110874, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 08/05/2014).

No mesmo sentido, julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. CUMPRIMENTO. REGIME SEMI-ABERTO. EXCEPCIONALIDADE.*
>
> *- É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes.*

> *- Inviável a apreciação de provas na via estreita do HC.*
>
> *- A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de, considerando que a finalidade da prisão civil é justamente coagir o devedor a honrar a obrigação, determinar o seu cumprimento nos moldes do regime fechado, tão somente admitindo a conversão para forma de cumprimento mais benéfica em hipóteses excepcionais , nas quais não se amolda a presente.*
>
> *Ordem denegada.*(HC 104.454/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe 23/06/2008) (destaque não original).

Como restou destacado pelo magistrado sentenciante, a circunstância de ter constado que a prisão civil seria cumprida em regime aberto, quis apenas ressaltar o local de cumprimento da prisão alimentícia, não querendo significar que o recorrente pudesse ficar em seu domicílio ou se ausentando do estabelecimento prisional específico (Casa do Albergado) para exercer atividades laboratícias, mesmo porque já era aposentado.

A toda evidência, o regime aberto, aplicado inicialmente, tem por escopo viabilizar a ressocialização do apenado e mensurar o seu senso de responsabilidade para o retorno ao convívio social, elementos totalmente alheios aos escopos da prisão civil. A respeito do tema, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *O regime de progressão da pena previsto no artigo 33, § 1º, a, b, e c, do Código Penal, é ínsito à condenação criminal e não se aplica à prisão civil.* (HC 77527/MG, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.04.2004, p. 54).

Face ao seu elevado grau elucidativo, cabe transcrever trecho do voto do Ministro Moreira Alves, *in verbis:*

> *Essa prisão, na realidade, é um meio processual de execução, e consequentemente não é pena, porque não se pune. É um modo de se compelir indiretamente o devedor. (...) É uma prisão que não está subordinada a regime penitenciário. Tanto não é pena que, se o indivíduo for preso e no dia seguinte pagar, no caso de dívida alimentar, ou devolver a coisa, ou pagar o equivalente, ele é solto. O problema, aqui, é que não se pode aplicar o regime prisional penal para efeito de início de cumprimento e de progressão com relação à prisão civil, senão descaracteriza a prisão civil. Ela é uma prisão administrativa como meio coercitivo indireto para a execução de uma obrigação alimentar ou para compelir o depositário infiel a deixar de ser infiel, e, consequentemente, é preciso que haja prisão. Prisão, evidentemente, de natureza administrativa, como todas as prisões dessa natureza.*

Trata-se, obviamente, de manter a congruência da sistemática processual vigente no que toca à prisão civil. É que a invocação da legislação penal desconsidera a distinção entre os institutos e, mais do que isso, despreza a finalidade essencial da prisão civil do devedor de alimentos: estimular o cumprimento do encargo alimentar.

Nessa esteira, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

> *Inexistentes indícios de que o paciente esteja em estado de saúde precário, que inspire cuidados médicos impossíveis de serem prestados no cárcere, não há motivo para se excepcionar a regra de que a prisão civil seja cumprida em regime fechado.* (HC 165.760/SC, 3ª T., rela. Mina. Nancy Andrighi, DJe 01/07/2010).

Por fim, não há que se falar em majoração dos honorários advocatícios, uma vez que o juiz *a quo* fixou em R$1.000,00 (um mil reais), levando em consideração a natureza da causa, o trabalho realizado e

o tempo despendido para sua execução, o que foi feito com fundamento no artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento, mantendo incólume a douta sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1405261-63.2014.8.12.0000/50000 - Três Lagoas
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVOS REGIMENTAIS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – ALEGAÇÃO DE FATO NOVO – IMPOSSIBILIDADE – USUFRUTO DE BEM DO ESPÓLIO – NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DOS DEMAIS HERDEIROS OU PAGAMENTO DE ALUGUEL – REGIMENTAL INTERPOSTO PELOS CO-HERDEIROS CONHECIDO E NÃO PROVIDO – ADMINISTRAÇÃO DOS BENS PELO INVENTARIANTE – DESNECESSIDADE DO CO-HERDEIRO RESIDIR NO IMÓVEL PERTENCENTE AO ESPÓLIO EM RAZÃO DE POSSUIR CONDIÇÕES – LITIGIOSIDADE DO BEM – REGIMENTAL INTERPOSTO PELO ESPÓLIO – PROVIDO.

I - Inadmissível a inovação recursal com base em fatos.

II - Os bens da herança são um todo indivisível, cuja administração cabe ao inventariante. A nenhum dos herdeiros cabe o direito de usufruir dos bens do espólio antes da partilha, sem que haja anuência de todos os demais. Não havendo concordância, o uso do imóvel somente será possível mediante o pagamento de aluguel (caso em que a posse será exclusiva).

III - Verificado que o co-herdeiro possui meios de prover seu sustento, o uso exclusivo somente será admissível mediante o consentimento dos demais co-herdeiros, ou pagamento de aluguel em favor do espólio.

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 de Ronaldo da Rocha Soares e dar provimento ao de Terezinha da Rocha Soares Neiva, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Ronaldo da Rocha Soares e outros, e Terezinha da Rocha Soares Neiva (inventariante), inconformados com a decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento, interposto nos autos da ação de inventário de Laura Ferreira da Rocha Soares, interpõem o presente regimental.

O agravante Ronaldo e outros, requerem a reforma da decisão para o fim de autorizar a herdeira Laura da Rocha Soares a continuar residindo na fazenda (bem pertencente ao espólio), sob a argumentação de que usufruirá do bem comum sem impedir o direito dos demais herdeiros.

Alega que, ao retornar para uma das casas da fazenda, preparou e gradeou 8 (oito) hectares do lote de sua propriedade para plantio de melancia, cujas sementes já foram adquiridas, e caso tenha que sair da fazenda perderá todo o plantio (p. 01-05).

A agravante Terezinha, por sua vez, requer a reforma da decisão para que seja negado provimento ao agravo de instrumento interposto, mantendo incólume a decisão de primeiro grau, que determinou que os herdeiros desocupem os dois imóveis inventariados.

Informa que o imóvel localizado na cidade de Araçatuba-SP foi desocupado pelo herdeiro Rogério, em virtude da Ação de arbitramento de aluguel, em trâmite naquela Comarca, em que foi concedida liminar fixando o valor de R$ 5.850,00 (cinco mil oitocentos e cinquenta reais) a título de aluguel.

Afirma que os agravados Rogério, Laura e Ronaldo sempre tentaram atrapalhar o bom andamento do inventário, bem como que não têm necessidade de residir nos imóveis pertencentes ao espólio, pois não são hipossuficientes.

Sustenta que a casa localizada em Araçatuba-SP atualmente está desocupada a fim de possibilitar a sua venda.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis:*

> *"Ronaldo da Rocha Soares e outros, interpõe recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão proferida nos autos da ação de inventário que promove contra Laura Ferreira da Rocha Soares – Espólio Repres. p/Invte, que determinou a desocupação dos imóveis inventariados, inclusive o imóvel rural, considerando-se que à inventariante cabe a posse e administração de tais bens, bem como tal atitude pode inviabilizar a conclusão do feito.*
>
> *Sustenta que a decisão interlocutória, ora guerreada, não faz justiça e não atende aos interesses da herança, mas privilegia os interesses pessoais de apenas 3 herdeiros do total de 10 herdeiros e desconsidera interesses legítimos de propriedade.*
>
> *Aduz que a herdeira Laura, embora tenha herdado patrimônios que darão a ela num futuro próximo uma estabilidade financeira, atualmente passa por sérias necessidades e privações, fato que levou esta, a notificar os outros herdeiros sobre sua mudança para uma das casas que sem encontram no imóvel rural inventariado.*
>
> *Quanto ao entendimento adotado pelo magistrado a quo para determinar a desocupação do imóvel , informa que o fato da presença da herdeira Laura na fazenda, em nada irá inviabilizar a conclusão do inventário.*
>
> *Esclarece que a propriedade rural em questão, possui 9 casas residenciais e a casa sede, e que a ocupação da herdeira Laura não cria obstáculos para que qualquer outro herdeiro posa desfrutar de sua quota parte.*
>
> *Traz aos autos também informações quanto a atual situação do imóvel rural, a qual relata estar totalmente abandonado, fato este que considera que a presença de uma proprietária só traz benefício ao espólio.*

Quer a aplicação do princípio da razoabilidade, sustentando que o fato de a inventariante alegar ter a posse do imóvel, e impedir outra herdeira de residir no imóvel, não está sendo feita a Justiça.

Quanto ao herdeiro Rogério, informa que este não cria e nunca criou nenhum óbice para que nenhum herdeiro que queira e ou que venha precisar, posa se mudar para o imóvel, sendo que grande parte do imóvel está sendo utilizada como depósito para vários herdeiros. A herdeira e inventariante Terezinha da Rocha Soares, apresentou contraminuta ao agravo (fls. 195/238) , sustentando para tanto que é a maior interessada em gerir bem o patrimônio da família, proteger os irmãos/herdeiros.

Aduz que a herdeira Laura não deve residir no imóvel, visto que utiliza os bens do Espólio em proveito próprio, agride funcionários, inclusive trouxe aos autos, uma declaração de um funcionário da fazenda, o qual relata os transtornos ocorridos com a presença da herdeira Laura na propriedade.

Às fls. 280 e 283, foram juntadas cópias de um depoimento extrajudicial, onde o funcionário da propriedade relata que deu as declarações contidas nas fls. 269-270 sob pressão, sendo que todas são falsas, e que o mesmo foi coagido pela Sra. Rejane Rocha Soares Canevari e Terezinha da Rocha Soares Neiva.

É o relatório. Decido.

Inconformada com a r. Decisão interlocutória, a Agravante interpôs o recurso de Agravo por Instrumento, a fim de reformar a decisão combatida, para manter os herdeiros Laura e Rogério na posse dos referidos imóveis.

A Inventariante, Sra. Terezinha da Rocha Soares Neiva apresentou sua contraminuta, querendo que o referido agravo seja negado provimento, e que a decisão recorrida será confirmada "in totum" , alegando que a permanência da herdeira Laura na fazenda trará prejuízos ao imóvel e ao trâmite do inventário.

Entretanto, apesar das inúmeras alegações contidas em ambas manifestações, não compete a este Magistrado julgar quanto ao mérito da ação de inventário, ou, as alegações de má administração do Espólio, mas, apenas tão somente, sobre o permanência dos herdeiros nos referidos imóveis.

Vemos que na apresentação da contraminuta, a Inventariante foi categórica ao requerer a desocupação somente da fazenda, sustentando para tanto que a permanência da herdeira Laura no imóvel rural, traz inúmeros prejuízos ao espólio.

Já na apresentação do Agravo por Instrumento, a herdeira Laura informou que não se incomoda de sair da casa sede da Fazenda e residir em outra casa, se assim este Julgador achar melhor.

E mais, nesta mesma peça processual, há relatos de que o herdeiro Rogério não cria e nunca criou nenhum óbice para nenhum herdeiro entre, ou até mesmo posa usufruir do imóvel. O qual, como já relatada possui 80 m.² (oitocentos metros quadrados) e 5 suítes.

Portanto, tendo em vista que o referido imóvel atualmente está sendo utilizado por vários herdeiros, seja para moradia ou depósito de móveis, e que não há nenhuma oposição da permanência de herdeiros no imóvel urbano, vejo por bem autorizar a permanência da herdeira Laura no referido imóvel.

Quanto a permanência no imóvel rural, foram demonstradas inúmeras alegações de discórdia por ambas as partes, fato que, conforme foi sabiamente demonstrado pelo

magistrado a quo, somente irá prejudicar o trâmite da ação de inventário, o qual já está excessivamente conturbado.

Diante disso, autorizo a herdeira Laura a residir no imóvel urbano, juntamente com o herdeiro Rogério, e quanto ao imóvel rural, determino a desocupação somente deste.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 57, do Código de Processo Civil, dou provimento em parte ao recurso."

Do recurso interposto por Ronaldo da Rocha Soares e Outros

Os agravantes afirmam que a fazenda pertencente ao espólio foi arrendada para apascentamento de gado, contudo algumas casas e edificações como galpão e escritório não estão arrendadas.

Aduz que a herdeira Laura da Rocha Soares está plantando melancias em uma parte do lote que recebeu por herança de seu pai, entretanto em seu lote não existe casa, razão pela qual está residindo em uma das casas da fazenda inventariada, e caso tenha que se mudar perderá todo o plantio.

Sustenta que a herdeira/inventariante Terezinha e o herdeiro José não querem a presença da herdeira Laura na fazenda por questões de foro íntimo, pois sua presença não impede que nenhum dos herdeiros desfrute dos bens comuns.

Pois bem. Com relação ao plantio de melancias, verifico que trata-se de fato novo, alegado somente por ocasião do presente regimental, de modo que não é possível o seu conhecimento por caracterizar inovação recursal.

Nesse sentido:

"MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR. PROCEDIMENTO EXECUTIVO SUSPENSO EM RAZÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM AÇÃO RESCISÓRIA. DESBLOQUEIO DE VALORES INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PERICULUM IN MORA INVERSO. CONFIGURADO. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE. RISCO DE DANO IRREPARÁVEL PRESENTE. ***ALEGAÇÃO DE FATOS NOVOS EM AGRAVO REGIMENTAL. DESCABIMENTO****. 1. Ausente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o requerente não cuidou de demonstrar qualquer prejuízo concreto decorrente da decisão recorrida. 2. Observa-se, in casu, periculum in mora inverso, uma vez que o deferimento da liminar requerida, com o conseqüente levantamento de valores vultosos pelos credores, representa, para a requerida – dadas as circunstâncias da causa – risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Isso porque, conforme consta dos autos, ainda que se tratando de sentença transitada em julgado, existe, em favor da requerida, pedido rescisório julgado procedente pelo Tribunal a quo. 3. "O Agravo do art. 545 do CPC deve demonstrar a procedência das razões do recurso rechaçado, atacando a decisão agravada.* ***No agravo interno não se admite a alegação de fatos novos ou o aditamento ao recurso****."* (AgRg no Ag 436182 / SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 23.06.2003 p. 248). *4. Agravo regimental não provido* (STJ - AgRg na MC: 14499 ES 2008/0158522-3, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF, Data de Julgamento: 02/09/2008, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 29/09/2008)". Negritei.

Ademais, ainda que fosse admissível, os agravantes não juntaram qualquer comprovante que demonstrasse a existência do referido plantio de melancias.

Também não prospera o argumento de que usufruirá do bem comum sem prejudicar o direito dos demais co-herdeiros, visto que há expressa oposição destes, que não concordam que o imóvel seja ocupado, restando clara a litigiosidade sobre o bem em questão.

Insta esclarecer, que os bens da herança são um todo indivisível, cuja administração cabe ao inventariante. Assim, não cabe a nenhum dos herdeiros o direito de usufruir dos bens do espólio antes da partilha, sem que haja anuência de todos os demais.

Não havendo concordância de todos os co-herdeiros, o uso do imóvel pertencente ao espólio somente é possível mediante o pagamento de aluguel (caso em que a posse será exclusiva).

Nesse seguimento, veja-se os julgados a seguir:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO -* ***REQUERIMENTO DE INGRESSO NA POSSE DE BENS CONSTANTES DO INVENTÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - POSSE INDIVISÍVEL ATÉ A PARTILHA*** *- ADMINISTRAÇÃO E POSSE DA HERANÇA COMPETE AO INVENTARIANTE - HAVENDO DISCORDÂNCIA COM A ADMINISTRAÇÃO DO INVENTARIANTE, PODE O HERDEIRO REQUERER A SUA REMOÇÃO E, COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS, PODE REQUERER A PRESTAÇÃO DE CONTAS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.* ***A posse dos bens do espólio deve ser exercida pelo inventariante, nomeado pelo juiz, até o momento em que for efetivada a partilha. Antes da partilha, com exceção do inventariante, possuem os herdeiros apenas a posse indireta dos bens, sendo-lhes transferida a posse direta somente após a efetivação da partilha.*** *Havendo discordância com a administração do espólio e havendo justa causa (hipóteses relacionadas no art. 995, inc. I ao VI, do CPC), assiste ao herdeiro o direito de requerer a sua remoção. Em não havendo prestação de contas de sua gestão pelo inventariante ao término do inventário ou ao deixar o cargo, poderão os herdeiros exigi-la judicialmente.* (TJ-MS - AGV: 12453 MS 2005.012453-2, Relator: Des. Rubens Bergonzi Bossay, Data de Julgamento: 28/11/2005, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 10/01/2006)". Negritei

> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL. HERANÇA. TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DOS BENS AOS HERDEIROS. COPROPRIEDADE E COMPOSSE. COISA INDIVISA. EXERCÍCIO DE POSSE EXCLUSIVAMENTE POR UM DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DOS OUTROS HERDEIROS. ESBULHO CARACTERIZADO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE. 1. Conforme o art. 1784 do Código Civil, a herança se transmite automaticamente aos herdeiros, por força do princípio da saisine.* ***2. Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança e a representação do espólio serão exercidas pelo inventariante.*** *3. A transmissão da herança abrange tanto a propriedade quanto à posse dos bens, possuindo legitimidade o espólio para propositura de ação possessória, inclusive contra herdeiro que esteja na posse exclusiva do bem sem autorização dos demais herdeiros.* ***4. O fato de ter havido a condenação ao pagamento de indenização pela ocupação do imóvel em outro processo não prejudica a análise do pedido possessório, em especial diante da expressa discordância de outro herdeiro quanto à ocupação exclusiva do bem.*** *5. Conforme art. 1199 do Código Civil, "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores." 6. Se, ao exercer seus direitos possessórios sobre a coisa, o compossuidor de coisa indivisa exclui o exercício do direito de posse do outro compossuidor, caracteriza-se o esbulho, sendo cabível a concessão de reintegração de posse, conforme arts. 1210 do Código Civil e 927 do Código de Processo Civil. 7. Apelação cível conhecida e improvida.* (TJ-DF, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 21/08/2014, 1ª Turma Cível). " Negritei.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR CONCEDIDA. MANUTENÇÃO. INTENSA CONFLITUOSIDADE ENTRE OS HERDEIROS ACERCA DAS FRAÇÕES IDEAIS DE CADA UM SOBRE A ÁREA HERDADA. POSSE EXERCIDA POR UM DOS HERDEIROS E ALEGAÇÃO DE CESSÃO DE DIREITOS. SITUAÇÃO QUE RECOMENDA A POSSE DO IMOVEL COM O INVENTARIANTE, A QUEM INCUMBE A ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO. Deve ser mantida a decisão de* ***deferimento da liminar possessória, notadamente diante da situação de intensa conflituosidade entre os herdeiros acerca das frações ideais de cada um sobre a área herdada. Administração dos bens do espólio que incumbe ao inventariante.*** *Agravo de instrumento desprovido.* (Agravo de Instrumento Nº 70056993942, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 17/12/2013)(TJ-RS - AI: 70056993942 RS , Relator: Voltaire de Lima Moraes, Data de Julgamento: 17/12/2013, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/01/2014)". Negritei.

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. IMISSÃO DE HERDEIRO NA POSSE DE IMÓVEL DO ESPÓLIO, EM DETRIMENTO DO INVENTARIANTE. DEPÓSITO EM JUÍZO DE PARTE DOS FRUTOS DOS BENS DA HERANÇA. AUSÊNCIA DE RESPALDO LEGAL. DECISÃO REFORMADA. 1. A desídia do inventariante em promover a adequada manutenção dos bens do espólio pode levar à sua destituição (art. 995, III, do CPC), mas não à imissão de outro herdeiro na posse do bem, providência que não encontra respaldo legal.* ***2. Os frutos advindos dos imóveis do espólio integram a herança (art. 2.020 do CC/02), que é indivisível até a partilha (art. 1.791 do CC/02), de modo que os herdeiros não fazem jus à imediata fruição dos bens da herança.*** *3. A suspeita de malversação de aluguéis devidos em favor do espólio deve ser apurada através da convocação do inventariante à prestação de contas (art. 991, VII, do CPC), providência que se toma, de ofício, com base no poder geral de cautela (art. 798 do CPC).*(TJ-PE - AI: 3532147 PE , Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 25/02/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/03/2015)". Negritei.

Do recurso interposto por Terezinha da Rocha Soares.

A agravante - inventariante nos autos de inventário de Laura Ferreira da Rocha Soares - requer a reforma da decisão para que seja negado provimento ao agravo de instrumento interposto por Ronaldo da Rocha Soares e outros, mantendo incólume a decisão de primeiro grau, que determinou que os herdeiros desocupem os dois imóveis inventariados, em razão de que a conduta dos agravados atrapalha a administração do inventário.

Segundo a agravante, houve um equívoco por parte do julgador monocrático ao autorizar os herdeiros Ronaldo e Laura a residirem no imóvel inventariado, localizado na cidade de Araçatuba-SP, por ter entendido que não havia nenhuma oposição dos demais co-herdeiros. Aduz que a agravada Laura jamais se prontificou a residir no imóvel localizado na cidade de Araçatuba-SP, e sim em mudar-se para uma das casas existentes na fazenda inventariada.

Sustenta que há oposição dos demais herdeiros quanto a ocupação dos imóveis, e que a casa localizada em Araçatuba-SP precisa estar desocupada para possibilitar sua venda, bem como que os agravados não tem necessidade de residirem nos imóveis inventariados, por não serem hipossuficientes. Relata que a herdeira Laura é advogada e possui uma renda mensal de mais de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), provenientes do arrendamento de terras.

Informa também que com relação ao imóvel localizado na cidade de Araçatuba-SP, havia sido arbitrado aluguel no valor de R$ 5.850,00 (cinco mil, oitocentos e cinquenta reais), nos autos de arbitramento

de aluguel n. 4000185-20.2013.8.26.0032, em trâmite na Comarca de Araçatuba-SP, e por essa razão o herdeiro Rogério desocupou o imóvel.

Pois bem. Em que pese o fato de não ter sido juntado aos autos comprovantes da alegada renda da herdeira Laura, observa-se que a própria agravada afirma que, juntamente com outros herdeiros, arrendaram a fazenda para apascentamento de gado, pelo que recebe o valor de R$ 2.215,00 (dois mil, duzentos e quinze reais), bem como que exerce a profissão de advogada.

Assim, verificado que os herdeiros/agravados possuem meios de prover seu sustento, bem como diante da litigiosidade dos bens inventariados, que não poderão ser usufruídos sem que haja o consentimento de todos os co-herdeiros, ou o pagamento de aluguel em favor do espólio, merece provimento o recurso interposto por Terezinha da Rocha Soares.

Por todo o exposto, dou provimento ao regimental interposto por Terezinha da Rocha Soares, para o fim de manter inalterada a decisão de primeiro grau, reconsiderando a decisão agravada, para negar provimento ao agravo de instrumento interposto por Ronaldo da Rocha Soares e outros. Em consequência nego provimento ao agravo regimental interposto por estes mesmos recorrentes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Ronaldo da Rocha Soares e deram provimento ao de Terezinha da Rocha Soares Neiva, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0021013-53.1997.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – HIPOSSUFICIÊNCIA DA APELANTE DEMONSTRADA – CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – QUEDA DE RECÉM-NASCIDA EM HOSPITAL – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO.

1- Comprovada a hipossuficiência da pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, é possível conceder os benefícios da justiça gratuita. O art. 2º da Lei 1.060/50 e o art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal não faz restrição à concessão dos benefícios à pessoa jurídica, de modo que podem ser beneficiárias, desde que comprovada a impossibilidade de prover as custas do processo sem prejuízo próprio.

2- A fratura no crânio e a crise convulsiva provenientes de queda de recém-nascida em hospital é suficiente para configurar o dano moral passível de indenização, por ser indiscutível o trauma sofrido pela mãe em decorrência da imprudência de enfermeira.

3- A dificuldade financeira enfrentada pelo causador do dano não tem o condão de afastar sua responsabilidade.

3. Não há razão para reduzir a indenização quando o valor arbitrado, R$ 15.000,00 (quinze mil reais), atende às circunstâncias fáticas evidenciadas nos autos, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Os juros de mora incidem na forma do art. 1062, do Código Civil de 1916 até a data da entrada em vigor do novo diploma legal, quando então passarão a ser regulados conforme a disposição do art. 406 do atual *codex*.

Recurso conhecido e parcialmente 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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Sociedade Beneficente de Campo Grande Mantedora do Hospital de Caridade Santa Casa interpõe recurso de apelação (f. 492/502) contra sentença (f. 483/488) proferida pelo juízo da 13ª Vara Cível da

comarca de Campo Grande/MS que, nos autos de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Andrezza Rodrigues dos Reis, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento na ilegitimidade ativa, em relação ao pedido de pensionamento, bem como julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando a ré ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com incidência de juros de mora de 1% ao mês, contados desde 13/04/1996 e com correção monetária pelo IGPM/FGV.

A apelante requer a concessão da justiça gratuita. Sustenta a improcedência do pedido de indenização por danos morais ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório. Por fim, requer a incidência dos juros de mora na forma do art. 1062 do Código Civil de 1916, até 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Novo Código Civil, e a partir de então pelo art. 406 do atual *codex*.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sociedade Beneficente de Campo Grande Mantedora do Hospital de Caridade Santa Casa (f. 492/502) contra sentença proferida (f. 483/488) pelo juízo da 13ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS que, nos autos de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Andrezza Rodrigues dos Reis, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento na ilegitimidade ativa, em relação ao pedido de pensionamento, bem como julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, condenando a ré ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com incidência de juros de mora de 1% ao mês, contados desde 13/04/1996 e com correção monetária pelo IGPM/FGV.

A apelante requer a concessão da justiça gratuita. Sustenta a improcedência do pedido de indenização por danos morais ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório. Por fim, requer a incidência dos juros de mora na forma do art. 1062 do Código Civil de 1916, até 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Novo Código Civil, e a partir de então pelo art. 406 do atual *codex*.

A apelante requer a concessão da justiça gratuita, uma vez que é entidade filantrópica sem fins lucrativos e, atualmente, passa por dificuldades financeiras, com dívidas que ultrapassam R$ 160 milhões.

Conforme se depreende da análise financeira e econômica (f. 527/530), a apelante apresenta uma dívida no valor de R$ 109.375.688 (cento e nove milhões trezentos e setenta e cinco mil seiscentos e oitenta e oito mil reais). Ademais, consoante reportagens jornalísticas juntadas (f. 503/514), a dívida da apelante aumenta gradativamente, o que prejudica o funcionamento da entidade.

Nesse contexto, é fato público e notório a hipossuficiência da Santa Casa, instituição de interesse público, e a sua dificuldade financeira reflete diretamente nos serviços de assistência à saúde da população de Campo Grande-MS e dos municípios deste Estado, que dependem da entidade para tratamento de saúde.

Esses fatos demonstram a hipossuficiência da apelante, motivo pelo qual é de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A apelante sustenta a improcedência do pedido de indenização por danos morais ou, subsidiariamente, pretende reduzir o *quantum* indenizatório. Alega que o magistrado não considerou seu atual estado econômico para arbitrar a indenização.

Para surgir o dever de indenizar é imprescindível a presença de três elementos: o dano suportado pela vítima; a conduta culposa ou dolosa do agente; e o nexo causal entre os dois primeiros.

Por conseguinte, a dificuldade financeira enfrentada pela apelante não tem o condão de afastar a sua condenação. Esse fato apenas interfere no valor a ser arbitrado, pois, em se tratando de danos morais, a indenização é fixada por equidade, por não existir lei regulamentando os parâmetros a serem adotados pelo magistrado.

Conforme consta nos autos, a autora, Andrezza Rodrigues dos Reis, com intuito de realizar o parto de sua primeira filha, internou-se na instituição apelante no dia 12 de abril de 1996.

Um dia após o nascimento, a menina teve crise convulsiva, razão pela qual foi instaurada sindicância para apurar o motivo do quadro clínico da recém-nascida. Ficou comprovada a existência de fratura no crânio em decorrência de queda provocada pela enfermeira Eunice Lopes O. Consoline que, nos autos do procedimento administrativo, admitiu este fato. A propósito, conveniente transcrever trecho de seu depoimento:

> *"já havia entregue 02 (dois) bebês, restando ainda mais 02 (dois) nos carrinhos, sendo um em cada carrinho, então quando foi começar a empurrar os carrinhos, sendo um com cada uma das mãos, acha que a roda do carrinho que se encontrava à sua esquerda deve ter travado e então o carrinho tombou para sua esquerda, então soltou o outro carrinho e tentou segurar o bebê, sendo que conseguiu agarrá-lo pelo 'cueiro', evitando assim que ele fosse de vez ao chão." (f. 27).*

Na medida em que a queda da recém-nascida causada por funcionária do hospital é fato incontroverso nos autos, fica evidenciado o dano moral, pois esta situação repercutiu negativamente na vida da autora que, certamente, tinha grande expectativa para a chegada saudável de sua primeira filha, sendo o momento de felicidade substituído por susto e preocupação com a saúde da criança, além das possíveis consequências que o acidente poderia provocar.

Do mesmo modo, sem cabimento a irresignação da apelante acerca do valor arbitrado pelo juiz singular em relação ao dano moral.

A qualidade do hospital de entidade filantrópica não retira a sua responsabilidade sobre os atos praticados por seus funcionários[1] ou impede a consideração da aplicabilidade do caráter pedagógico da condenação, já que é dever da administração do hospital zelar pelo bom atendimento aos pacientes.

O montante arbitrado em primeiro grau revela-se em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como antede às circunstâncias fáticas evidenciadas nos autos.

Por fim, a Associação Beneficente pede a incidência dos juros de mora na forma do art. 1062 do Código Civil de 1916, até 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Novo Código Civil, e a partir de então pelo art. 406 do atual *codex*.

A relação existente entre as partes é extracontratual, assim, os juros moratórios incidem desde a data do evento danoso. O acidente ocorreu em 13 de abril de 1996, quando o Código Civil de 1916 estava em vigor. Então, os juros moratórios são contados na forma disciplinada por esse diploma legal até o seu último dia de vigência.

Os juros de mora, portanto, fluem de acordo com a taxa de 0,5%[2] ao mês até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, a partir desta data serão regulados conforme disposto no art. 406[3], do atual texto legal, que prevê a taxa de 1% ao mês até a data do pagamento. Nesse sentido:

1 "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
(…)
III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (…)."

2 Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.

3 Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA RECONHECIDA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 83/STJ. DPVAT. PRETENSÃO DE ABATIMENTO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 282/STF E Nº 211/STJ.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual se revela inviável impugnar, nesta seara, questão decidida sob enfoque exclusivamente constitucional, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, inciso III, da Constituição Federal).

2. O conhecimento do recurso especial, no que se refere à alegação da recorrente de que os danos suportados pelo autor da demanda seriam advindos de culpa exclusiva da vítima, requer nova incursão fático-probatória, inviável, a teor da incidência da Súmula nº 7/STJ.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que os juros de mora serão calculados à base de 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), bem como de que a partir da vigência desse diploma legal, os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406).

4. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, da questão federal apontada nas razões recurso especial (possibilidade de abatimento do valor do seguro obrigatório da indenização devida), incide, por analogia, o disposto na Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1207467/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, T3-Terceira Turma, julgado em 04/11/2014) (g.n.)

Posto isso, concedo os benefícios da justiça gratuita à Sociedade Beneficente de Campo Grande Mantedora do Hospital Santa Casa. Conheço do recurso e dou parcial provimento ao apelo para o fim de determinar a incidência dos juros de mora na forma do art. 1062 do Código Civil de 1916 até a data de entrada em vigor do novo diploma legal, a partir de então serão regulados conforme disposto no art. 406 do código atual.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801537-34.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – RESSARCIMENTO CUMULADO COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – COMPROVAÇÃO DA RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES DO CLIENTE – QUEBRA DE CONFIANÇA ENTRE OS CONTRATANTES – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1- O advogado contratado tem o dever de restituir ao seu cliente numerário que reteve indevidamente.

2- A retenção indevida de dinheiro de cliente, praticada por seu advogado, configura ato ilícito passível de indenização por danos morais, pois, além de caracterizar quebra de confiança, viola o princípio da dignidade da pessoa.

3- O valor arbitrado na sentença é justo e razoável para indenizar o dano moral sofrido pela autora, consistente na retenção indevida de valores praticadas por seu próprio advogado.

Recuso 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.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Roney Pereira Perrupato interpõe recurso de apelação (f. 98/102) contra a sentença proferida (f. 86/93) pelo juízo da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que julgou procedentes os pedidos de ressarcimento e de indenização por danos morais.

Argui preliminar de cerceamento de defesa, sob o argumento de ser imprescindível a produção de prova testemunhal. Diz ser da autora o ônus de comprovar a falsidade da assinatura constante no contrato juntado por ele. Requer a improcedência do pedido de indenização por danos morais ou subsidiariamente a redução do valor arbitrado.

Contrarrazões às f. 112/115.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Roney Pereira Perrupato (f. 98/102) contra a sentença proferida (f. 86/93) pelo juízo da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que julgou procedentes os pedidos de ressarcimento e de indenização por danos morais.

O apelante argui preliminar de cerceamento de defesa, sob o argumento de ser imprescindível a produção de prova testemunhal. Todavia, razão não lhe assiste, tendo em vista que a produção de prova testemunhal em nada contribuirá para solução desta demanda.

Ao manifestar-se sobre a contestação, a autora diz que o contrato juntado pelo réu/apelante, no qual há previsão da cobrança de 30% do proveito econômico auferido, é falso, sob o argumento de não ter assinado o referido documento.

Portanto, somente prova pericial seria capaz de demonstrar ou não a autenticidade da assinatura da autora constante no contrato juntado pelo réu/apelante.

Assim, pelo fato de o réu ter requerido a produção de prova totalmente impertinente ao caso concreto, não se vislumbra cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, não há motivo para reforma da sentença proferida.

A autora alega ter celebrado contrato de prestação de serviços advocatícios com o réu. Consta, no contrato que instrui a petição inicial, como remuneração dos serviços prestados pelo réu o pagamento de R$ 1.000,00 (mil reais), dividido em 3 (três) pagamentos, mais 5% do proveito econômico obtido com acordo ou sentença a ser proferida na demanda que tramitou na 4ª Vara de Família desta capital. O réu, por sua vez, diz ter ajustado 30% do proveito obtido como forma de sua remuneração e juntou contrato com esta especificação.

Na impugnação à contestação, a autora diz que o contrato juntado pelo réu/apelante é falso, sob o argumento de não ter assinado o referido documento.

Logo, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, caberia ao réu comprovar a existência e a validade desse contrato, haja vista que a alegação de que ajustou cobrança de 30% do proveito econômico auferido, como forma de remuneração de seus trabalhos advocatícios, configura fato modificativo do direito da autora.

No entanto, as provas produzidas não são suficientes para comprovar a autenticidade da assinatura da autora.

Pelo contrário, a cópia do e-mail juntada aos autos (f. 77), cuja autenticidade não foi questionada pelo réu/apelante neste recurso, demonstra que o valor retido por ele como forma de pagamento dos seus serviços na demanda tramitou na 4ª Vara de Família desta capital, R$ 10.018,72 (dez mil, dezoito reais e setenta e dois centavos), equivale ao percentual padrão dos contratos celebrados no escritório, mas não corresponde aos honorários efetivamente cobrados da autora.

Aliás, conforme consignado neste e-mail, o réu/apelante tinha interesse de resolver este problema, caso fosse do consentimento da autora receber a quantia retida indevidamente em dois pagamentos, uma imediatamente e a outra em 30 (trinta) dias.

E isso não é só, pois não é necessário conhecimento técnico para constatar que a assinatura da autora constante na declaração de hipossuficiência (f. 13) é totalmente distinta da assinatura aposta no contrato juntado pelo réu/apelante (f. 43), indício relevante da falsificação.

Portanto, diante das provas produzidas e pelo fato de o réu não ter se desincumbido do seu ônus probatório - comprovar a autenticidade da assinatura da autora constante no contrato por ele juntado, é de rigor manter a procedência do pedido de ressarcimento.

Considerada indevida a retenção realizada pelo réu/apelante do valor de R$ 8.351,14 (oito mil trezentos e cinquenta e um reais e quatorze centavos), correta a manutenção de sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Nesse caso, o ato ilícito praticado pelo réu/apelante ofende ao princípio da dignidade da pessoa, motivo pelo qual é passível de indenização. Isso porque pessoas sem conhecimentos jurídicos, a exemplo da autora, outorgam mandatos com amplos poderes aos advogados, na confiança de que serão representados adequadamente.

A propósito, conveniente colacionar ementa recente deste Tribunal sobre a matéria discutida:

> *"APELAÇÃO CÍVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO EXTRA PETITA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES DO CLIENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES LEVANTADOS ATRAVÉS DE ALVARÁ JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. DANO MATERIAL. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A sentença que aprecia a causa nos limites da demanda não se caracteriza como extra petita. Em sendo indevida a retenção, agiu de forma ilícita o apelado na qualidade de advogado da autor, pelo que deve restituir os valores, bem como indenizar por dano moral. Do montante a ser restituído ao autor, devem ser descontados os valores referentes aos honorários advocatícios, estes fixados conforme a tabela da OAB, tabela esta que, na época da contratação, no ano de 2008, previa honorários de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), para levantamento de alvará judicial. Em atendimento ao princípio da restituição integral, e nos termos dos arts. 389, 395 e 404, todos do Código Civil, os honorários decorrentes de contratação de serviços advocatícios são passíveis de ressarcimento.* (TJMS; APL 0051107-90.2011.8.12.0001; Campo Grande; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; DJMS 25/03/2015; Pág. 12)*"*

Relativamente ao valor arbitrado, R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), também não há razão para modificá-lo. Em se tratando de indenização por danos morais a indenização é arbitrada por equidade, por não existir lei regulamentando parâmetros para fixar o valor, que não pode ser irrisório, pois perderia seu caráter preventivo e didático. O ideal é a fixação da indenização em quantia suficiente para inibir a reiteração da conduta ilícita perpetrada, bem como para mitigar os efeitos negativos sofridos pela vítima, sem que caracterize, ao mesmo tempo, seu enriquecimento ilícito.

Considerando a gravidade do ato ilícito praticado pelo réu/apelante, o qual configura verdadeira quebra de confiança entre os contratantes, revela-se justo e razoável a quantia arbitrada pelo juiz de primeira instância.

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de instrumento n. 1402625-90.2015.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CREDORA QUE CONTRAI NOVO MATRIMÔNIO – ART. 1.708 DO CÓDIGO CIVIL – CAUSA SUPERVENIENTE EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

1. A exceção de pré-executividade configura medida apta a analisar quaisquer objeções processuais, que independam de dilação probatória ou possam ser comprovadas de plano.

2. A obrigação alimentar cessa com o novo casamento do credor, nos termos do art. 1.708 do Código Civil, que configura uma causa automática de extinção que se consagra *ope legis*, e, portanto, independe do ajuizamento de demanda de exoneração de alimentos.

3. A ausência do dever de prestar alimentos configura causa superveniente extintiva da obrigação que conduz à extinção do processo executivo (aplicação analógica do art. 475-L, VI, do Código de Processo Civil).

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

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

A. J. de C. interpõe agravo de instrumento contra a decisão (fls. 56) que, nos autos da execução de alimentos ajuizada por I. H. de C. e C. H. de C., rejeitou a exceção de pré-executividade.

Narra que a parte contrária pretende a execução dos alimentos referentes aos meses de setembro, outubro e novembro de 2014 e posteriores, sob o procedimento do art. 733 do Código de Processo Civil. Afirma que, na demanda de separação consensual, o agravante pactuou que pagaria pensão no montante de 20% de sua remuneração à ex-esposa e 20% para cada um de seus dois filhos. Sustenta a ineficácia do título executivo judicial em relação à agravada C. H. de C., tendo em vista que ela contraiu novo matrimônio em 2010 e, nos termos do art. 1.708 do Código Civil, o devedor de alimentos será exonerado do dever alimentar, caso a alimentada venha a constituir nova família. Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ao

recurso e, ao final, o seu provimento para que a decisão seja reformada e a exceção de pré-executividade seja acolhida, de modo a extinguir a execução em relação à C. H. de C., ante a ineficácia do título executivo.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (fls. 63/65).

A parte contrária apresentou contraminuta às fls. 71/74.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento que A. J. de C. interpõe contra a decisão que, nos autos da execução de alimentos ajuizada por I. H. de C. e C. H. de C., rejeitou a exceção de pré-executividade.

Inicialmente, cumpre destacar que a exceção de pré-executividade configura medida apta a analisar quaisquer objeções processuais, que independam de dilação probatória ou possam ser comprovadas de plano. E, na hipótese, a alegação de inexistência da dívida somada a sua comprovação de plano permitem o manejo da medida nestes termos[1].

O título judicial em execução encontra-se fundado na prestação alimentícia decorrente do acordo realizado por ocasião da separação judicial das partes, devidamente homologado por sentença (fls. 21). Na oportunidade, acordou-se que seria pago 60% a título de alimentos pelo executado, 20% em favor da agravada (ex esposa) e 40% em favor dos filhos.

Ocorre que, conforme certidão de casamento de fls. 55, a alimentada/agravada contraiu novas núpcias, em 27/08/2010.

No presente processo executivo, a agravada pretende a satisfação do crédito representado pela dívida correspondente às parcelas relativas ao período compreendido entre setembro a outubro de 2014, ou seja, quando já se encontrava casada com outra pessoa.

Reconhecidamente, a obrigação de prestar alimentos que serviu de base para esta execução não foi desconstituída por outra sentença, vez que o alimentante não ajuizou ação de exoneração de alimentos.

Contudo, a inexistência da obrigação de prestar os alimentos, em razão do novo casamento da alimentada, encontra-se expressamente prevista em lei (art. 1.708 do CC[2]), e foi comprovada de plano em sede de exceção de pré-executividade.

Configura-se a extinção da obrigação alimentar quando houver dever de assistência material prestado pelo novo cônjuge (diante dos deveres pessoais decorrentes do casamento e do companheirismo), havendo presunção absoluta, sem que se admita prova em contrário, de efetiva assistência material[3].

1 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE NOTAS PROMISSÓRIAS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO EXTRACARTULAR. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA PROVA CARREADA AOS AUTOS PELOS EXECUTADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TÍTULO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE. 1. A alegação de pagamento dos títulos levados à execução é tese, em princípio, possível de ser arguida por exceção de pré-executividade - sempre que a comprovação se evidenciar mediante prova pré-constituída -, porquanto se trata de causa que retira a exigibilidade do título e, por consequência, impede o prosseguimento da execução (art. 618, inciso I, do CPC). Precedentes. (...)
(STJ - REsp: 1078399 MA 2008/0169689-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/04/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/04/2013)

2 Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

3 DIDIER JR., Freddie, Cristiano Chaves de Farias, Jefferson Cáurus Guedes, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Nagib Slaibi Filho. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Comentários ao Código Civil brasileiro – Do Direito de Família Direito Patrimonial – Vol. XV. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 382.

Nesse contexto, conforme Milton Paulo de Carvalho Filho destaca, uma vez comprovado o novo casamento contraído pela credora de alimentos do ex-cônjuge, por meio de documento, a extinção da obrigação de prestar alimentos ocorrerá de pleno direito, o que dispensa o devedor de formular pedido judicial nesse sentido[4].

Ou seja, a obrigação alimentar cessa com o novo casamento do credor, nos termos do art. 1.708 do Código Civil, configurando uma causa automática de extinção da obrigação alimentar que se consagra *ope legis*, estabelecida pela lei e, portanto, independe do ajuizamento da ação de exoneração de alimentos.

Diferente é o caso em que o devedor dos alimentos pretende deixar de pagar os alimentos aos filhos maiores de 18 anos, hipótese em que se mostra necessário o ajuizamento de demanda de exoneração, no intuito verificar-se a real necessidade do alimentando, mediante cognição exauriente, com dilação probatória e análise das circunstâncias fáticas.

Importante consignar que, se a credora dos alimentos contraiu novo matrimônio, deveria ter comunicado tal fato ao devedor, para que findasse a obrigação e não ajuizar esta execução indevida de alimentos.

O recebimento de pensão do ex-cônjuge simultaneamente ao novo casamento representaria verdadeiro enriquecimento ilícito por parte da agravada, porquanto estaria recebendo benefício sem dele necessitar, em desvirtuamento à finalidade prevista na lei.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já reconheceu, inclusive, o dever da alimentada de restituir ao devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, *in verbis:*

> *Tendo a requerida, após o casamento desfeito, instaurado nova sociedade afetiva, impõe-se a exoneração alimentar do devedor para com a alimentada, a teor do art. 1.708 do CC. Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentada tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credira através de ardil que leva ao locupletamento ilícito. Ausente a conduta da credora, deve ela restituir ao suposto cônjuge devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia.* (RT 876/367: TJSC, AP 2004.034220-9)[5].

Logo, não há outra saída senão reconhecer a inexistência do dever de prestar alimentos por parte do alimentante em relação à agravada por meio deste incidente processual.

Em caso análogo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu no mesmo diapasão:

> *CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. CASAMENTO DO CREDOR. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO REPRESENTADA PELO TÍTULO EM EXECUÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.708, DO CC. INEFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A inexistência da obrigação de prestar os alimentos, em razão do casamento da alimentada, encontra-se expressamente prevista em lei (art. 1.708, do CC), e foi comprovada em sede de embargos à execução, que, como é sabido, trata-se de processo de conhecimento, com ampla dilação probatória. Assim, não merece acolhida a tese*

4 DE CARVALHO FILHO, Milton Paulo; Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Francisco Eduardo Loureiro, Hamid Charaf Bdine Jr., José Roberto Neves Amorim, Marcelo Fortes Barbosa Filho, Mauro Antonini, Nelson Rosenvald e Nestor Duarte. Coordenador: Ministro César Peluso. Código Civil Comentado. São Paulo: Manole, 2015, p. 1890.

5 *In* THEOTÔNIO NEGRÃO, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. Da Fonseca. Código Civil e Legislação Civil em Vigor. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 601.

> *apresentada pela apelante, no sentido de que o processo executivo não é meio idôneo para obter a desconstituição da obrigação alimentícia. 2. Acircunstância de a alimentada ter contraído novas núpcias, por si só, torna inexistente a obrigação e conduz à ineficácia do título executivo que a representa, nenhum reparo merecendo a sentença, que julgou procedentes os embargos à execução e extinguiu o processo executivo. 3. Apelo improvido* (TJ-DF - APC: 20140110009334 DF 0000117-83.2014.8.07.0016, relator: Arnoldo Camanho de Assis, data de julgamento: 10/12/2014, 4ª Turma Cível, data de publicação: publicado no DJE : 20/01/2015 . pág.: 682)

A ausência do dever de prestar alimentos configura causa superveniente extintiva da obrigação, o que conduz à extinção deste processo executivo (aplicação analógica do art. 475-L, VI, do Código de Processo Civil).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão e acolher a exceção de pré-executividade de modo a extinguir a presente execução em relação à C. H. de C.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0805388-84.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – ACORDO JUDICIAL – PARTILHA DE BENS REFERENTE À DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – ERRO SUBSTANCIAL – IMÓVEL PARTILHADO DE PROPRIEDADE ANTERIOR E EXCLUSIVA DO CONVIVENTE – VÍCIO DE CONSENTIMENTO – NÃO COMPROVAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1 – A alegação de manter-se em erro substancial ao celebrar acordo judicial para partilha de bens referente à dissolução de união estável exige a comprovação pela parte, pois representa violação ao princípio da obrigatoriedade da lei (art. 3º da LINDB).

2 – Recurso conhecido e desprovido.

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, 5 de maio de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Fabiano de Souza interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação anulatória ajuizada em face de Marlene Acosta Salomão dos Santos.

Sustenta que foi induzido a erro no acordo homologado perante a Vara de Família, sendo-lhe informado que a não realização do termo na oportunidade terminaria na necessidade de venda de todos os bens que foram objeto da partilha, situação que o motivou a admitir a divisão por igual do imóvel que adquiriu com recursos exclusivos, bem incomunicável entre as partes.

Defende que a situação foi reforçada em razão de tratar-se de pessoa sem estudos, inexistindo qualquer conhecimento quanto a repercussão da sentença havida em erro.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que seja julgada procedente a ação, declarando-se a nulidade do acordo homologado.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Fabiano de Souza interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação anulatória ajuizada em face de Marlene Acosta Salomão dos Santos.

Segundo consta, as partes celebraram dissolução de união estável no Juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Três Lagoas, em 19/08/2014, ficando acordado dentre outras coisas a partilha em 50% do imóvel.

Sob o argumento de que o imóvel é incomunicável à partilha, posto que o autor teria adquirido com recursos próprios e mesmo antes da união estável, ajuizou a presente ação no intuito de que fosse declarada a anulação do acordo homologado.

Citada, a requerida argumentou que nenhum vício de consentimento foi comprovado, tratando-se de mero arrependimento do autor, o que não pode prosperar.

O magistrado, em consonância com a tese da requerida, julgou improcedente a ação ante a ausência de comprovação de vício de consentimento no acordo homologado judicialmente.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Observadas as circunstâncias que envolvem a demanda, tenho que as razões de apelo não merecem prosperar.

O apelante pauta sua insurgência em pretenso erro substancial que teria incorrido ao celebrar o acordo judicial, nos termos do art. 171, II c/c 138 do Código Civil, não atentando na oportunidade o equívoco em permitir a partilha do bem imóvel que lhe pertencia de forma exclusiva, adquirido com recursos próprios e antes de sua união afetiva à requerida, ora apelada.

Ocorre que se assim procedeu na partilha, agiu dentro do que a discricionariedade inerente à faculdade de dispor da propriedade permitia-lhe, devendo o ato ser preservado em razão do princípio da confiança e da segurança jurídica.

Excepcionalmente, o ordenamento permite a anulação do ato, mas desde que comprovada a existência de vício de consentimento (art. 171, II do Código Civil).

In casu, o apelante tenta desconstituir o acordo homologado sob a frágil alegação de que não possui conhecimentos, sendo pessoa simples e sem estudo.

Ocorre que tal argumento não se subsiste de modo isolado, posto que impera o princípio da obrigatoriedade da lei ("*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*", prevista no art. 3º da LINDB), entretanto, não sendo absoluto como qualquer outra regra jurídica, admite temperamentos mas desde que efetivamente comprovados.

Nesta toada, tanto o apelante não consegue apontar de forma segura o liame entre sua condição pessoal (pessoa simples), e o estado de erro que encontrava-se ao celebrar o acordo, quanto que neste momento descamba para a alegação de outro vício de consentimento, afirmando que sofreu coação para realizar o negócio jurídico naquele momento sob o argumento de que se assim não procedesse, "*teria de vender todos os bens*".

Portanto, a completa ausência de concretude nas afirmações do apelante termina por refletir na conclusão de que a hipótese retrata mero arrependimento na celebração do acordo, o que não é admitido nas circunstâncias.

Sendo elemento da transação a existência de concessões mútuas entre as partes no intuito de resolver a desinteligência, *a priori*, admite-se a atitude voluntária de uma delas de suportar ônus superior no acordo, motivo pelo qual o argumento de sofrer prejuízos maiores também não possui o condão de desconstituir isoladamente o negócio jurídico celebrado.

Diante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 05 de maio de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0833855-70.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – PRELIMINARES – REJEITADAS – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – INVALIDEZ DO FILHO SUPERVENIENTE À MAIORIDADE – RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO AO PAI – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

O pedido é juridicamente possível sempre que o ordenamento não o proíba expressamente, não devendo então ser considerado exclusivamente com referência ao mérito, mas associado à causa de pedir.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 93, inciso IX, que todas as decisões deverão ser fundamentadas, não determinando, porém, que o julgador tenha de responder a todos os argumentos apresentados pela parte para demonstrar o seu convencimento.

Em princípio, é presumida a dependência econômica dos filhos maiores e inválidos em relação ao pai servidor. Entretanto, no caso dos autos, o autor, que tem 47 (quarenta e sete) anos recebia benefício previdenciário desde 1994, quando constatada a invalidez. Referido benefício foi cessado em 2009, por motivo de retorno ao trabalho. Assim, a dependência econômica do pretendente à pensão por morte não mais se presume, devendo ser comprovada.

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 as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de maio de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

João Marcos Tavares apela a este Tribunal, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido formulado na ação ajuizada em desfavor da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul e de Maria Tavares.

Suscita preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação válida e coerente, violando o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Alega, com relação ao mérito, que a Lei 3150/2005 não determinou que a condição de dependente, em virtude de incapacidade, deveria ser iniciada antes de o filho atingir a maioridade, pois a inabilidade é fato que independe da vontade do beneficiário, e nessa questão, advindo a invalidez ou a incapacidade, surge para o beneficiário a condição de dependente, uma vez que o fato gerador do requisito da pensão por morte no caso, é a incapacidade inaugurada.

Aduz que já era inválido por ocasião do falecimento de seu pai, e que o próprio de segurado indicava o apelante como seu dependente.

Em contrarrazões (f. 150-74), o apelado argui preliminar de carência de ação, afirmando que o pedido é juridicamente impossível.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença, de improcedência do pedido, formulado na ação ajuizada por João Marcos Tavares em desfavor da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul e de Maria Tavares.

O autor ajuizou esta ação objetivando o recebimento de pensão deixada por morte de seu pai José Francisco Ferreira, Policial Militar da reserva, falecido em 23.11.2010. Alegou que era dependente do seu pai e requereu a concessão do benefício administrativamente, o que foi indeferido, em decorrência de sua incapacidade ter-se apresentado em 10.10.1994, quando contava com 26 (vinte e seis) anos de idade, ou seja, já havia perdido a condição de beneficiário do segurado.

A) Preliminares:

A.1. Carência de Ação:

O apelado argúi, em contrarrazões, preliminar de carência de ação, afirmando que o pedido é juridicamente impossível.

O pedido é juridicamente possível sempre que o ordenamento não o proíba expressamente, não devendo então ser considerado exclusivamente com referência ao mérito, mas associado à causa de pedir.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, Editora RT, p. 562: *"É juridicamente possível o pedido quando autorizado ou não vedado pelo ordenamento. Pedido está aqui como sendo o conjunto formado pela causa de pedir e pelo pedido."*

Assim, se o ordenamento jurídico não veda a propositura da ação, postulando concessão de pensão por morte, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

A.2. Nulidade da Sentença:

O autor em suas razões de apelação, suscita preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação válida e coerente, violando o art. 93, IX, da Constituição Federal.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 93, inciso IX, que todas as decisões deverão ser fundamentadas, não determinando, porém, que o julgador tenha de responder a todos os argumentos apresentados pela parte para demonstrar o seu convencimento.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *"A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento"* (STF-2ª Turma, AI 162.089-8-DF-AgRg., Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.95, negaram provimento, v.U., DJU 15.3.96, p. 7.209).[1]

Veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Decisão ausente de fundamentação não se confunde com fundamentação deficiente ou concisa. Tendo em vista o escopo do aproveitamento dos atos processuais que rege o processo civil moderno, apenas a primeira, porque traduz error in procedendo do magistrado, violador de direito cogente de relevância pública, manifesta-se absolutamente nula. Não padece de invalidade o ato agravado, o qual, embora sucinto, assenta-se em entendimento harmônico e suficiente à prestação jurisdicional invocada (...)". (Agravo Regimental no Recurso Especial, Nº 317012/RJ, Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma).*
>
> *"O órgão judicial, para expressar os fundamentos e convicção dos julgadores, não precisa aduzir comentários amplos ou exaustivos versando todos os argumentos articulados pelas partes. É suficiente a motivação pronunciada sobre questões de fato e de direito para resolver o litígio, oferecendo a prestação jurisdicional pedida (art. 458, II, CPC).* (STJ, Resp n. 105.543, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, J: 22.6.98).

Afasta-se, portanto, as preliminares suscitadas.

B) Mérito:

O apelante alega relativamente ao mérito, que a Lei 3150/2005, ao estabelecer a condição de dependente ao filho maior inválido, não determinou que a incapacidade deveria ser iniciada antes da maioridade, pois a inabilidade é fato que independe da vontade e, desse modo, advindo a invalidez, surge a condição de dependente, uma vez que o fato gerador do requisito da pensão por morte no caso, é a incapacidade inaugurada.

Aduz que já era inválido por ocasião do falecimento de seu pai, do qual era dependente.

Cumpre transcrever os artigos 13, inciso I e 15, inciso III, da Lei n. 3.150, de 22 de dezembro de 2005, Lei Previdenciária Estadual, alterada pela Lei n. 3.591, de 9 de dezembro de 2008, vigente à data do óbito do segurado, *verbis*:

> *"Art. 13. São beneficiários do MSPREV, na condição de dependente do segurado:*
>
> *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro, a pessoa do mesmo sexo que mantém união homo-afetiva pública e duradoura com o segurado, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito anos ou inválido;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 15. A perda da qualidade de dependente ocorre:*
>
> *III – para o filho e o irmão, de qualquer condição, ao completarem dezoito anos de idade, salvo se inválido ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;"*

1 Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor,** 40ª ed., 2008: Saraiva, p. 545)

Da leitura dos dispositivos acima mencionados, observa-se que, em princípio, é presumida a dependência econômica dos filhos maiores e inválidos em relação ao pai servidor.

No presente caso, o apelante, que tem hoje a idade de 47 (quarenta e sete) anos (nasceu em 09.03.1968) e, ao tempo em que atingiu a maioridade (09/03/1986), era plenamente capaz.

Entretanto, foi acometido de cegueira total bilateral, após sua maioridade, em 1994; tendo sido declarado como o termo inicial de sua incapacidade a data de 10.10.1994, pela Comissão Executiva de Perícia Médica (f. 27), quando já contava com 26 anos de idade.

Corrobora essa assertiva, o documento de f. 23, onde consta que o ora apelante, recebia benefício previdenciário do INSS desde 1994; apesar de ter sido cadastrado como dependente do segurado em 01.03.2001 (f. 25), ou seja, mesmo após estar recebendo benefício previdenciário. Observa-se, ainda, que segundo esse mesmo documento de f. 23, o autor/apelante teve o benefício de aposentadoria por invalidez cessado em 2009 (Motivo: 34 volta ao trabalho), frise-se, em data posterior ao cadastro efetuado como dependente do segurado (2001).

Dessa forma, segundo tal documento de f. 23, não restou comprovado que o apelante ainda vivesse às expensas de seu genitor, pois o benefício de aposentadoria que lhe era pago desde 1994 pelo INSS foi cessado em 2009, por ter o segurado retornado ao trabalho, sabendo-se que a dependência econômica do recebedor de benefício previdenciário não é presumida, devendo ser provada.

É bem verdade que a Lei Previdenciária Estadual não prevê que a invalidez deve se manifestar anteriormente à maioridade, mas, se manifestada posteriormente, e recebendo o pretendente benefício de aposentadoria, mesmo que cessado pelo retorno ao trabalho; a dependência econômica, do pleiteante ao recebimento do benefício de pensão por morte deve ser provada, o que não ocorreu nos presentes autos.

Eis a jurisprudência sobre o assunto:

> *"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO.*
>
> *Tratando-se de filho maior inválido, que recebe benefício de aposentadoria, não se cogita de dependência presumida para fins de concessão de pensão em razão do óbito da mãe."* (TRF4. 5ª Turma. AC nº 0007954-75.2010.404.9999/SC. Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira)
>
> *"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NÃO COMPROVAÇÃO. CONSECTÁRIOS LEGAIS.*
>
> *1. Não comprovada a dependência econômica do filho, titular de aposentadoria por invalidez, em relação ao falecido pai, não lhe assiste o direito ao benefício de pensão por morte.*
>
> *2. Invertida a sucumbência, cabe à parte autora o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, cuja exigibilidade resta suspensa por ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita."* (TRF4. Turma Suplementar. AC 2009.71.99.002932-0/RS. Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle).

Desta forma, não assiste razão ao apelante, uma vez que sua dependência econômica não foi comprovada, não lhe assistindo o direito à pensão por morte.

Ante ao exposto, conheço do recurso interposto, mas lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 26 de maio de 2015.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1400266-07.2014.8.12.0000 - Aquidauana
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ACORDO HOMOLOGADO EM AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO – OBRIGAÇÃO IMPOSTA À UNIÃO – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA IMPOR SEU CUMPRIMENTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Compete à Justiça Estadual julgar as ações de divórcio consensual, mas a sentença homologatória tem o propósito apenas de aprovar o acordo entabulado pelas partes a fim de dissolver a sociedade conjugal. Em outras palavras, a homologação implica mera aprovação das condições ajustadas pelo casal estabelecendo entre eles direitos e obrigações recíprocas, sem, contudo, impor obrigações a terceiro que não participou da ação.

2. Assim, a homologação do acordo compromete apenas as partes, sem afetar direito de terceiros ou estabelecer-lhes obrigação, tendo o condão apenas de legitimar as partes a adotarem a providências cabíveis tendentes a formalizar o que ajustaram, incluindo, no caso dos autos, que a divorciada permaneça como dependente do militar no plano de saúde do Exército – Fusex.

3. Caso o Fusex se recuse a dar cumprimento ao acordo celebrado entre as partes, incumbe ao Juízo Estadual apenas intimá-las a respeito da negativa, a fim de que elas possam, se quiserem, buscar impor a obrigação à União perante a Justiça competente, a saber, a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 27 de abril de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

União, pessoa jurídica de direito público interno, impetra mandado de segurança com pedido liminar em face do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, MS, em litisconsórcio passivo com A. C. e L. Q. C., contra a decisão judicial que, em decorrência de sentença homologatória de acordo em ação de divórcio consensual, determinou a inclusão ou, caso já figure como beneficiária, a permanência de L. Q. C., ex-cônjuge do militar A. C., no plano de saúde do Exército Fusex.

Afirma, em síntese, que a ordem foi proferida por juízo absolutamente incompetente no que diz respeito à União, e que, além de não ser mais possível a esta interpor recurso na ação de divórcio consensual,

como terceiro prejudicado, a decisão combatida viola frontalmente o art. 472 do CPC, segundo o qual a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Requer seja concedida a segurança para declarar definitivamente a ineficácia da decisão no tocante à União.

O pedido liminar foi deferido, a fim de suspender a ordem judicial impugnada.

O Juízo impetrado presta informações, nas quais sintetiza os fatos da ação de divórcio e esclarece que o magistrado que atuava em substituição legal no processo prolatou despacho determinando que o gestor do Fusex proceda à inclusão da impetrada L. Q. C..

O Estado de Mato Grosso do Sul informou que não ingressará no feito nem interpor recurso contra a decisão que deferiu o pedido liminar, mas requer seja intimado de todos os atos do processo, haja vista sua competência recursal, a fim de preservar eventual interesse processual superveniente.

O prazo decorreu sem que os litisconsortes passivos apresentassem qualquer manifestação.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

VOTO 20/10/2014

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela União Federal em face do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, MS, contra a decisão judicial que determinou a inclusão ou, caso já figure como beneficiária, a permanência de L. Q. C., ex-cônjuge do militar A. C., no plano de saúde do Exército Fusex.

A impetrante narra que: i) A. C. e L. Q. C. ajuizaram ação de divórcio direto consensual em 8.5.2012, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, MS; ii) entre os termos do acordo, ficou acertado que a ex-mulher permanecerá como sua dependente junto a Plano de Saúde do Exército Brasileiro (Fusex); iii) após manifestação favorável do MP, o acordo foi homologado e o divórcio do casal restou decretado, e a sentença transitou em julgado no dia 17.9.2012; iv) em decorrência, o Juízo expediu ofício para desconto de pensão alimentícia, que foi cumprido pelo Exército, por não contrariar a legislação vigente; v) foi expedido também o Ofício n. 344/2013-dss, informando a homologação do acordo firmado entre o casal, a fim de ser providenciado seu cumprimento, em especial no tocante ao plano de saúde do Exército Brasileiro (Fusex), que deverá ser mantido em relação a L. Q., que continuará como dependente do militar A. C.; vi) em resposta, o Comando do 9º Batalhão de Engenharia de Combate informou ao Juízo a vedação das normas militares em relação à manutenção da ex-esposa como dependente no Fusex e à impossibilidade de cumprir a determinação contida no Ofício n. 344/2013-dss; vii) determinado às partes que se manifestassem a respeito da aludida informação, elas quedaram inertes; viii) em 4.11.2013, foi prolatada decisão determinando a expedição de ofício ao Exército, para que informasse se a ex-esposa do militar A. C. constava ou não como beneficiária do Fusex antes do divórcio, ou se o cumprimento da sentença do divórcio enseja em inclusão desta no aludido plano de saúde; ix) determinou ainda que, caso a ex-esposa já figurasse como beneficiária do plano de saúde do Fusex antes do divórcio, assim deveria permanecer e, em caso negativo, deveria ser procedida a sua inclusão; x) determinou-se ainda que seja advertido o Comandante de que o descumprimento da ordem judicial acarretará em crime contra a administração da Justiça, notadamente porque atos regulamentadores como as IG 30-32 não se prestam a criar ou restringir direitos.

Acrescenta que a União somente tomou ciência da decisão que a condenava a incluir ex-esposa de militar contra as normas regulamentares do Fusex, sob pena de responder por crime contra a administração da Justiça, em 16.12.2013, quando a sentença homologatória do divórcio já havia transitado em julgado, não sendo mais possível a utilização da via recursal, como terceiro prejudicado, de que trata o art. 499 do Código de Processo Civil.

Argumenta que é clara a ilegalidade da ordem judicial endereçada à União, para incluir/manter a impetrada L. Q. C. no Fusex, já que viola frontalmente o art. 472 do CPC, segundo o qual a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Aduz que a ordem judicial, ora impugnada, encontra barreira intransponível na Constituição Federal de 1988, notadamente nas normas dos seus arts. 5º, LIV, e 109, I.

Sustenta que a decisão judicial foi proferida por juízo absolutamente incompetente no que diz respeito à União, devendo os impetrados buscar, junto ao juízo federal competente, e em face da União, a proteção judicial ao eventual direito à inclusão no Fusex.

Por tais motivos, pretende seja concedida a segurança para declarar definitivamente a ineficácia da decisão no tocante a si.

2. O mandado de segurança é a garantia constitucional apropriada *"para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"* (artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal).

O emprego do mandado de segurança contra decisão judicial só é admitido em caráter excepcional, porquanto não se concederá a ordem quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo ou que haja transitado em julgado (Lei n. 12.016, de 7.8.2009, art. 5º, II e III). De fato, conforme o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, *"A doutrina e a jurisprudência majoritárias admitem o manejo do mandado de segurança contra ato judicial nas seguintes hipóteses excepcionais: a) decisão judicial manifestamente ilegal ou teratológica; b) decisão judicial contra a qual não caiba recurso; c) para imprimir efeito suspensivo a recurso desprovido de tal atributo; e d) quando impetrado por terceiro prejudicado por decisão judicial."* (STJ, RMS 34.837/RS).

Esta última hipótese é precisamente a dos autos.

A União Federal apresenta-se como terceiro prejudicado por decisão judicial proferida em ação de divórcio consensual no qual a sentença homologou acordo que impõe obrigação à impetrante, sem que ela tenha tido, ou possa vir a ter, oportunidade de se manifestar nos autos.

Logo, a via mandamental figura-se apropriada para o exercício de proteção do alegado direito líquido e certo da impetrante.

3. Consta nos autos que, na ação de divórcio consensual ajuizada por A. C. e L. Q. C., as partes celebraram acordo, homologado em juízo, segundo o qual a ex-mulher permanecerá como dependente do ex-cônjuge junto a Plano de Saúde do Exército Brasileiro (Fusex).

Desse modo, foi firmado um ajuste que estabelece liame obrigacional a terceira pessoa, a União, a qual não participou do processo e está sendo compelida a dar cumprimento ao acordo.

Todavia, o fato de as partes haverem pactuado a obrigação na ação de divórcio não retira do Fusex a possibilidade de efetuar a análise criteriosa, segundo a normatização que lhe é própria, a respeito da

inclusão ou da manutenção da ex-esposa em seus quadros como dependente do militar, e de negar-se a cumprir o acordo celebrado pelo casal quando carecer de amparo na legislação aplicável à espécie.

Sem dúvida, compete à Justiça Estadual julgar as ações de divórcio consensual, mas a sentença homologatória tem o propósito apenas de aprovar o acordo entabulado pelas partes a fim de dissolver a sociedade conjugal. Em outras palavras, a homologação implica mera aprovação das condições ajustadas pelo casal estabelecendo entre eles direitos e obrigações recíprocas, sem, contudo, impor obrigações a terceiro que não participou da ação.

Assim, a homologação do acordo compromete apenas as partes, sem afetar direito de terceiros ou estabelecer-lhes obrigação, tendo o condão apenas de legitimar as partes a adotarem a providências cabíveis tendentes a formalizar o que ajustaram, incluindo, no caso dos autos, que a divorciada permaneça como dependente do militar no plano de saúde do Exército – Fusex.

Caso o Fusex se recuse a dar cumprimento ao acordo celebrado entre as partes, incumbe ao Juízo Estadual apenas intimá-las a respeito da negativa, a fim de que elas possam, se quiserem, buscar impor a obrigação à União perante a Justiça competente, a saber, a Justiça Federal, segundo a previsão do art. 109, I, da Constituição Federal, *in verbis*:

> *Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*
>
> *I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;*

O parecer ministerial é esclarecedor a respeito dessa competência, a saber:

> *Assim, a determinação judicial emitida por juiz estadual tem o condão de vincular apenas as partes no acordo homologado em juízo, mas não atrela a Fusex e, assim, a União, que sequer teve qualquer participação no processo de divórcio, senão em violação ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF/88) e às normas de competência constitucionalmente estabelecidas.*

A propósito do tema:

> *SEPARAÇÃO CONSENSUAL. MANUTENÇÃO DA EX-ESPOSA COMO DEPENDENTE DO VARÃO NO FUSEX. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. 1. A competência para julgar as separações judiciais é da Justiça Estadual, e a sentença homologatória tem o propósito de aprovar o acordo entabulado pelas partes para o fim de dissolver a sociedade conjugal, isto é, a homologação implica mera aprovação das condições estabelecidas pelo casal estabelecendo entre eles direitos e obrigações recíprocas. 2. A homologação do evidentemente compromete apenas as partes, não afetando direito de terceiros, nem implica estabelecer obrigação para o FUSEX, tendo o condão apenas de legitimar as partes a adotarem a providências cabíveis tendentes a formalizar o que ajustaram, isto é, que a separada permaneça como dependente do separando. 3. Caso o FUSEX se recuse a atender o que as partes pretendem, deverão buscar a defesa desse direito pretendido na via judicial competente, isto é, perante a Justiça Federal, pois há interesse da União. 4. A competência para processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes" é dos juízes federais. Inteligência do artigo 109, inc. I, da CFB. 5. Como o acordo homologado diz com a vontade das partes e não afeta terceiros, pois não obriga o FUSEX, mostra-se vazia a pretensão recursal deduzida pela Advocacia Geral da União. Recurso não conhecido.* (Apelação Cível Nº 70057067480, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/11/2013)

Portanto, verificado que o ato impugnado padece de vício de ilegalidade e de inconstitucionalidade, ferindo direito líquido e certo da impetrante, deve a ordem de segurança ser concedida.

Logo, figura-se imperativa a concessão da segurança pleiteada.

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança para declarar a ineficácia da decisão combatida no tocante à União.

Sem custas e sem honorários de advogado.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do des. Fernando Mauro, após o relator conceder a ordem. Os demais aguardam. ausente, por férias, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

VOTO 24/10/2014

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (2º Vogal):

União Federal impetrou o presente *mandamus* contra suposto ato coator praticado pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana que nos autos da ação de divórcio, homologou acordo firmado entre A. C. e L. Q. C., determinando a permanência desta como dependente daquele junto ao FUSEX.

A questão central diz respeito à inclusão de ex-cônjuge de militar no cadastro de beneficiários do Fundo de Saúde do Exército – FUSEX, por determinação do juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana.

O Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80, assim dispõe sobre a matéria em apreço:

Art. 50. São direitos dos militares:

> *(...)*
>
> *e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º São considerados dependentes do militar:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - a ex-esposa com direito à pensão alimentícia estabelecida por sentença transitada em julgado, enquanto não contrair novo matrimônio.*

Observo, portanto, que de acordo com a legislação de regência, a ex-cônjuge que estiver percebendo pensão alimentícia determinada por sentença transitada em julgado é considerada dependente do militar, possuindo, por essa razão, direito à assistência médico-hospitalar enquanto não contrair novo matrimônio.

Tanto assim o que é que o site que a Seção do Serviço de Inativos e Pensionistas mantém junto à rede mundial de computadores traz a seguinte informação, no link que trata da exclusão de beneficiário[1]:

> *"O(A) beneficiário(a) titular será excluído(a) do CadBen/FUSEx, automaticamente, assim que deixar de receber remuneração ou proventos pelo CPEx, quando for licenciado(a) ou dispensado(a) do serviço ativo, mudar de categoria, passar a receber seus vencimentos por outro órgão ou falecer.*
>
> *O(A) beneficiário(a) dependente poderá ser excluído(a) do CadDBen/FUSEx, pelo(a) titular, a qualquer tempo, desde que não haja decisão judicial que contrarie a sua vontade.*
>
> *OBSERVAÇÕES*
>
> *O(A) dependente que for incluído(a) no CadBen/FUSEx por determinação judicial só poderá ser excluído(a) após outra decisão judicial que substitua a sentença anterior, ou quando falecer.*
>
> *2. O(A) titular tem obrigação de comunicar a perda do direito do(a) beneficiário(a) dependente, a fim de exclui-lo(a) do CadBen/FUSEx.*
>
> *O beneficiário(a) dependente pode perder o direito ao FUSEx, de acordo com cada caso:*
>
> *(Veja Dependência econômica e Tipos de Beneficiários)*
>
> *quando completar 18 anos ou 24 anos de idade (se for estudante);*
>
> *se contrair matrimônio, constituir União Estável e/ ou for emancipado(a);*
>
> *se cessar a invalidez, a interdição, guarda ou tutela;*
>
> *se o rendimento do(a) beneficiário(a) ultrapassar o soldo de soldado do efetivo variável, descaracterizando a dependência econômica;*
>
> *se deixar de viver sob a dependência econômica do(a) titular. "*
>
> *A Corte Especial também já se manifestou no sentido de que "a ex-esposa de militar, com direito à pensão alimentícia fixado em sentença transitada em julgado, enquanto não contrair outro matrimônio, é considerada sua dependente, fazendo jus à assistência médico-hospitalar na condição de beneficiária do Fundo de Saúde do Exército – FUSEX, para o qual o cônjuge contribui"* (REsp nº 1.267.053/RS, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, 12.11.2013).

Dessa feita, constata-se que o juízo que homologou o acordo de divórcio possuía competência para decidir acerca da permanência da ex-cônjuge como dependente do militar junto ao FUSEX.

Entretanto, o acordo homologado judicialmente na ação de divórcio que fixou a pensão alimentícia e manutenção da ex-mulher como dependente do varão no aludido plano de saúde, não se presta para habilitá-la no cadastro de beneficiários do FUSEX, uma vez que a Corte Estadual não possui competência para impor obrigação à União.

Não obstante isso, como se vê destes autos, aquele juízo determinou a expedição de ofício ao Comando do 9º Batalhão de Engenharia de Combate comunicando o que restou ajustado, devendo, porém, a resposta em sentido negativo ser objeto de questionamento na seara própria.

1 http://www.ssip1rm.eb.mil.br/index.php/inativo/fundo-de-saude-do-exercito-fusex/239-exclusao-de-beneficiario, pesquisa em 20.11.2014, 14h32

Assim, abusiva a decisão judicial que impôs à Impetrante obrigação e pena por descumprimento, já que sem competência para tanto.

Destaco que aquela ação atingiu a sua finalidade com a decretação do divórcio das partes e fixação das obrigações, impondo-se a discussão acerca dos efeitos desse ajuste no âmbito administrativo ser objeto de ação própria, a tramitar perante a Justiça competente.

Assim, após cautelosa análise dos autos e estudo aprofundado da matéria que não é comum nesta Corte, hei por bem acompanhar o insigne Relator para conceder a segurança.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 23.02.15 em face do pedido de vista formulado pelo Des. Luiz Tadeu (1º vogal), após o relator e o Des. Fernando conceder a segurança os demais aguardam.

VOTO 23/02/2015

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (1º Vogal):

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

A União Federal impetrou o presente *mandamus* contra ato coator praticado pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Aquidauana que, nos autos da ação de divórcio, homologou acordo entre A. C. e L. Q. C..

É cediço que a impetração do *mandamus* contra ato de juiz somente é cabível em hipóteses excepcionais. Entre elas, destaca-se a possibilidade do ajuizamento do *writ* pelo terceiro prejudicado por decisão judicial.

É o caso dos autos.

A União Federal apresenta-se como terceira prejudicada por decisão judicial proferida em autos de pedido de divórcio, na medida em que houve sentença de homologação de acordo impondo obrigação à impetrante sem que ela tivesse participado da relação processual.

No referido acordo consta que L. Q. C., ex-mulher de A. C., permaneceria como dependente do ex-cônjuge junto ao plano de saúde do exército brasileiro (FUSEX).

Destarte, foi firmado ajuste que produz efeitos jurídicos (liame obrigacional) a uma terceira pessoa, no caso a União Federal, que está sendo compelida a dar cumprimento ao citado acordo.

Ocorre que, como bem pontuado pelo ilustre relator e o 2º Vogal, a homologação do acordo compromete apenas as partes, sem afetar direito de terceiros.

De ver-se que se o FUSEX se recuse a dar cumprimento ao acordo homologado, incumbe ao juízo apenas intimar as partes a respeito da negativa, a fim de elas possam, querendo, buscar impor a obrigação em face da impetrante perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Lei Maior.

Posto isso, com o parecer, hei por bem acompanhar o relator, para o fim de conceder a segurança no sentido de declarar a ineficácia da decisão combatida, em relação à União Federal.

O Sr. Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso (3º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 27.04 em face das férias do relator e do pedido de vista formulado pelo Des. Sideni, após o relator e os Desembargadores Luiz Tadeu, Fernando e Júlio concederem a segurança.

VOTO 27/04/2015

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (4º Vogal):

Justifico o pedido de vista na necessidade de análise dos elementos constantes dos autos.

Depois de atento estudo, cheguei às mesmas conclusões exaradas pela Procuradoria de Justiça e pelos demais pares, no sentido de reconhecer o direito líquido e certo do impetrante a declarar a ineficácia, em ralação a ela, da decisão proferida pela autoridade coatora.

Posto isso, não tenho dúvidas em acompanhar o voto proferido pelo ilustre Relator, Des. Vladimir Abreu Silva, no sentido de conceder a segurança, em consonância com o parecer ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de abril de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0007894-47.2010.8.12.0008 - Corumbá
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MATERIAIS E MORAIS – PORTABILIDADE – TELEFONIA CELULAR – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO E ANUÊNCIA DA CONSUMIDORA – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – PRÁTICA ILÍCITA – DANOS MORAIS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO .

1. A recorrente não logrou êxito em comprovar a realização da portabilidade da linha de telefone móvel a pedido da consumidora, não se desincumbindo do ônus que lhe cabia, o que torna ilícita a sua conduta, violando a ordem jurídica, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

2. O ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

3. 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, 16 de junho de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Oi S/A (sucessora da Brasil Telecom S.A) contra sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados nos autos da ação cominatória de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais com pedido de liminar ajuizada por Luzinete Dy Andrade Guerra.

Reafirma ter pactuado contrato de telefonia com a apelada, ocasião em que teriam acordado todas as peculiaridades inerentes, inclusive o aumento no valor da fatura, caso houvesse a utilização além dos minutos da franquia.

Destaca a impossibilidade do cumprimento da sentença quanto ao restabelecimento da linha, pois o terminal (número 67 / 9236-6585) foi objeto de portabilidade para a empresa Claro, requerida pela própria

apelada, não mais pertencendo a empresa OI S/A. Por corolário, requer a exclusão da multa diária aplicada pelo magistrado singular em casão de descumprimento, então fixada em R$ 100,00, limitada em 30 dias.

Declina, ainda, que *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais se mostrou elevado, eis que o magistrado primevo não observou a extensão e a gravidade do dano, bem como os prejuízos causados à apelada, permitindo, assim, o enriquecimento ilícito.

Cita, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pede, ao fim, o conhecimento e provimento do recurso para que, reformando a sentença, seja julgado improcedentes os pedidos formulados na inicial, e, alternativamente, a exclusão da multa diária ante a impossibilidade do cumprimento da determinação da obrigação e redução dos valores fixados a título de indenização por danos morais.

Tutela antecipada deferida às fls. 24-26, ocasião em que determinou o juízo singular que a empresa apelante se abstivesse de incluir o nome da recorrida no cadastro de proteção ao crédito, com relação ao contrato discutido nos autos, pena de multa cominatória, bem como o restabelecimento da linha junto a primitiva operadora da autora (Claro), pena de multa diária no valor de R$ 100,00, por dia de atraso, limitada a trinta dias.

Intimada, a recorrida ofertou contrarrazões (fls. 137-143), pugnando pela manutenção da sentença na sua integralidade.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Para melhor compreensão dos fatos que circundam o pleito formulado no apelo ofertado, necessárias as seguintes digressões.

Extrai-se dos autos que a recorrida, possuidora da linha de telefonia celular (67) 9236-6585, desde o ano de 2005, da empresa Claro, após receber contato com a empresa recorrente, passou a enfrentar vários problemas e dissabores, que culminaram no bloqueio total da mesma. Posteriormente, foi comunicada da portabilidade efetuada da sua antiga operadora - Claro, para a empresa apelante, sem o seu consentimento.

Após várias e infrutíferas tentativas encetadas para a solução das vicissitude narradas, alternativa não lhe restou senão o judiciário. Com isso, consta, amargou prejuízos, pois utilizava a linha em comento para o desenvolvimento de seu labor, patenteando, assim, o defeito na prestação de serviços.

Inconteste que, no caso enfocado, apelante e apelada se enquadram, respectivamente, nas definições de fornecedora e consumidora, previstas na lei consumerista, razão pela qual, por se tratar de relação de consumo, incidem na espécie as regras do Código de Defesa do Consumidor, o que, inclusive, foi destacado na sentença.

De fato, a responsabilidade civil da recorrida é objetiva, a teor do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *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."*

Não menos verdade é que a responsabilidade do fornecedor só será excluída se restar comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros (art. 14, § 3º, I e II, do CDC), o que não ocorreu no caso dos autos.

À evidência, o juízo primevo bem destacou a conduta ilícita da recorrente, que, não logrou comprovar a solicitação ou mesmo a permissão da apelada acerca da portabilidade. *In litteris:*

> *"Na espécie, pelos documentos carreados aos autos em nenhum momento a demandada comprovou, e deveria ter feito mediante prova documental idônea, que a consumidora pleiteou a portabilidade de seus celular que usava há mais de cinco anos, causando transtornos porque dependia daquele número para entrar em contato com os clientes, haja vista a profissão de esteticistas. Deveria necessariamente a OI/Brasil Telecom comprovar a licitude da portabilidade e não ter sido causadora da confusão causada na vida da demandante, mas quedou inerte neste mister e ficou patente a falhar na prestação de serviços, Afastam-se as teses pelas quais pretende a demandada se eximir do cancelamento indevido do telefone celular móvel (67 9236-6585) em nome da demandante, de maneira que tal conduta não constitui exercício regular de direito (....) deveria a demandada apenas proceder a portabilidade com a anuência expressa da consumidora que sequer houve. A concessionária de serviços não deu plena atenção a tais formalidades e seu agir ocasionou danos passíveis de reparação na ordem anímica. Diante das circunstâncias de fato, somadas às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, procede o reclamo de reparação de danos morais e houve presunção relativa de que tais fatos implicaram dano anínimo à demandante".*

A apelante não reuniu prova alguma do que alega, não se desincumbindo do ônus processual que lhe competia, quanto à prova da licitude de sua conduta, demonstrando, em verdade, que procedeu a portabilidade da linha da qual a apelada era usuária, sem o seu conhecimento e consentimento.

Nota-se que a apelante não logrou êxito em comprovar a existência das supostas tratativas entabuladas entre as partes, não se ignorando que em situações tais as comunicações são gravadas pelas próprias operadoras. Bastaria, portanto, apresentar as gravações dos contatos supostamente firmados com a recorrida/consumidora.

Enfim, a recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe cabia a afastar a presunção de veracidade que recai sobre a versão ofertada pela apelada/consumidora, inferindo-se que, em verdade, inexistiu qualquer relação material entre as partes, o que torna ilícita a conduta alusiva ao exercício da portabilidade da linha em comento.

Aliás, de bom alvitre destacar que quanto à ausência de cautela da apelante, que exerce o seu mister sem adotar os cuidados básicos inerentes, configurada se afigura a conduta que, à evidência, viola a ordem jurídica e amolda-se no disposto no artigo 186 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."*

Não há que se eximir, assim, do cumprimento da sentença quanto à impossibilidade de reverter a portabilidade, vez que, se houve a possibilidade de executar, à revelia da recorrida, então usuária do número e seu contratante original, deverá buscar o caminho reverso, ou, então, arcar com o ônus da má prestação de serviço.

Nesse eito, ainda, clarividente o dano moral sofrido pela apelada máxime considerando tratar-se de dano moral *in re ipsa*, a dispensar comprovação concreta do infortúnio moral, conforme pacificado entendimento jurisprudencial.

Portanto, inafastável o dever de reparação, passo à análise do pedido de redução do *quantum* indenizatório.

Consabido que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando-o ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

A doutrina, por sua vez, traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

> *"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"*[1].

Aplicando-se esses parâmetros ao caso concreto, chego à conclusão de que o valor arbitrado pelo juiz sentenciante, R$ 10.000,00 (dez mil reais), afigura-se razoável, proporcional e atende à finalidade pedagógica que deve revestir a indenização, máxime em se tratando a apelante de pessoa jurídica dotada de expressiva e considerável estrutura.

A conduta aqui descrita deve ser punida de maneira efetiva, não sendo cabível a minoração da indenização, até porque quantia de valor inferior à arbitrada não serviria para inibir a apelante neste particular, a ponto de evitar que reincida.

Assim, levando em consideração o ocorrido, a intensidade do dano, a repercussão e consequências, bem como as condições econômicas da parte, tenho que a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se razoável e não suficiente para ensejar o enriquecimento sem causa da recorrida. Além do que, o valor servirá de alerta à apelante quanto aos cuidados que devem nortear suas relações comerciais.

A propósito:

> *Atendida essa linha de avaliação, conforme demonstrado nos autos, a extensão da aflição do autor não guarda proporcionalidade com a fixação imposta pela juíza, no valor de R$ 2.500,00. A propósito: "A indenização ora fixada coaduna-se com seu duplo escopo, de reparar o dano sofrido e dissuadir o causador na reiteração da prática, evitando-se, ademais, enriquecimento sem causa. Quantum indenizatório reduzido para R$10.000,00.* (STJ – AgRg no Ag 979631/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ. 19.10.2009).
>
> *Portanto, o quantum indenizatório deve ser majorado para R$10.000,00 (dez mil reais), em face dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade adotados."* (Apelação - Nº 0062855-22.2011.8.12.0001 - Campo Grande, Relator – Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível. j. 2.9.2014).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CANCELAMENTO DE LINHA TELEFÔNICA – PEDIDO DE PORTABILIDADE – MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS*

1 **Responsabilidade Civil.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

MORAIS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – PARTE AUTORA QUE DECAIU QUANTO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A fixação da indenização por danos morais deve respeitar o critério da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. Merece ser majorada a indenização arbitrada em primeira instância se não foi considerado o grau da lesividade dos fatos narrados bem como o poderio econômico da empresa prestadora de serviço. Se ambas as partes decaem de parcela de seus pedidos, deve haver a distribuição proporcional das custas e das despesas processuais bem como dos honorários de sucumbência, nos termos do artigo 21, do CPC. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(...) A meu ver a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se mais adequada para ressarcir com razoabilidade e proporcionalidade o apelante, servindo de prevenção para que a conduta da recorrida não se reitere no futuro. Portanto, entendo que a indenização deve ser majorada, mormente porque o valor arbitrado não se mostra adequado à política de desestimulação de ações lesivas da mesma espécie. (Apelação - Nº 0377883-59.2008.8.12.0001 - Campo Grande. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.3ª Câmara Cível. 5.3.2013)

Dispositivo

Ante ao exposto, conheço do apelo 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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Vilson Bertelli e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0800116-43.2013.8.12.0022 - Anaurilândia
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO DO ART. 3°, V, DA LEI Nº 8.009/90 - NÃO VERIFICADA – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – FRAUDE À EXECUÇÃO - NÃO CONFIGURADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

1. Se a garantia hipotecária foi lançada sem a anuência de um dos cônjuges, ela desponta como ineficaz e, portanto, deve ser preservado o bem de família, razão pela qual não incide a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3°, V, da Lei nº 8.009/90, que só é aplicável nos casos em que a dívida garantida pela hipoteca é constituída, pelo casal ou entidade familiar.

2. Alienado o bem de família aos filhos e à ex-cônjuge em data muito anterior à penhora e à citação do devedor na ação executiva, não há falar em fraude à execução, consoante inteligência da Súmula nº 375 e do REsp repetitivo nº 956.943/PR.

3. Em verdade, por ser o bem de família impenhorável, o simples fato de se praticar ato de disposição aos entes familiares (filhos e ex-esposa) não configura fraude à execução, pois tal alienação não tem o condão de frustrar a execução, mesmo que não mais resida nele um dos cônjuges, e desde que ainda sirva de moradia para a família, pois, ante a proteção constitucional (art. 6º) e legal (Lei nº 8.009/90) conferida ao seio familiar, referido imóvel, por corolário, jamais seria passível de penhora.

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, 23 de junho de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Jaime da Rosa Veiga interpõe apelação cível contra a sentença (fls.137/141) que, nos autos dos embargos de terceiro que lhes movem João Vítor Palmeira de Oliveira, Márcia Palmeira de Oliveira Pisani, Maria Clara Palmeira de Oliveira e Vanda Lúcia Palmeira, desconstituiu a penhora realizada sobre o bem imóvel dos recorridos.

Sustenta que o imóvel penhorado foi dado em garantia hipotecária em contrato de compra e venda de maquinário e equipamento de oficina mecânica, firmado pelo apelante com João Jorge Guizoni de Oliveira,

pai e ex-cônjuge dos ora recorridos, razão pela qual não podem se valer do benefício da impenhorabilidade do bem de família.

Aduz que o imóvel objeto do litígio, conquanto seja bem de família, é passível de penhora, pois dado em garantia de dívida contraída por empresa familiar, o que implica em renúncia ao direito da impenhorabilidade.

Verbera que João Jorge Guizoni de Oliveira, quando da separação e divisão de bens, não poderia ter omitido o gravame existente sobre o imóvel, situação que demonstra a má-fé do executado e que caracteriza fraude contra credores.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença objurgada e manter a penhora sobre o imóvel objeto da contenda.

Contrarrazões (fls.153/155) pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Jaime da Rosa Veiga contra sentença proferida em embargos de terceiro que lhes movem João Vítor Palmeira de Oliveira, Márcia Palmeira de Oliveira Pisani, Maria Clara Palmeira de Oliveira e Vanda Lúcia Palmeira.

Exsurge dos autos que o ora apelante executa dívida decorrente de contrato de compra e venda de máquinas e equipamentos de oficina mecânica firmado em 09/04/2003 com João Jorge Guizoni de Oliveira. O pacto continha cláusula em que se dava o imóvel como garantia hipotecária da dívida.

Nos autos da execução, o magistrado determinou a penhora do imóvel.

Os embargos de terceiro foram ajuizados pelos ora recorridos sob a alegação de que o bem não pertence mais a João Jorge Guizoni de Oliveira, pois, aos 11/09/08, quando da homologação da separação judicial celebrada entre João Jorge Guizoni de Oliveira e Vanda Lúcia Palmeira (apelada) (*vide* fl.28/29), referido imóvel foi passado à propriedade da ex-cônjuge e dos filhos João Vítor Palmeira de Oliveira, Márcia Palmeira de Oliveira Pisani e Maria Clara Palmeira de Oliveira (apelados).

Assim, em razão de o bem ser de família e utilizado como moradia dos apelados, quando foi determinada a sua constrição, propuseram embargos de terceiro, requerendo o reconhecimento da impenhorabilidade.

A sentença invectivada extinguiu o feito, com resolução de mérito, julgando procedente o pedido formulado nos embargos de terceiro, *"para o fim de desconstituir a penhora realizada sobre o bem dos embargantes, mantendo-o, em definitivo, na posse deles"*.

A pretensão recursal não comporta guarida.

A questão nodal posta à apreciação cinge-se em saber se incide, *in casu*, a proteção legal do bem de família, regulamentada na da Lei nº 8.009/90.

Indene de dúvidas que o imóvel que sirva como residência da família não pode ser penhorado por qualquer espécie de dívida, nos termos do disposto no art. 1° da Lei nº 8.009/90. No entanto, a própria lei que abarca a proteção estampa exceções à intangibilidade deste bem. Vejamos:

> *"Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:*
>
> *I) em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;*
>
> *II) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;*
>
> *III) pelo credor de pensão alimentícia;*
>
> *IV) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;*
>
> *V) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;*
>
> *VI) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;*
>
> *VII) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".*

Especificamente a respeito da hipótese tratada no inciso V do art. 3°, acima transcrito, tem-se que o devedor pode sim ter penhorado seu bem de família para fins de adimplemento de garantia hipotecária. O raciocínio é o seguinte: se a pessoa, ciente de que tinha apenas um imóvel, concedeu-o em garantia, tinha consciência de que o ato implicaria renúncia à impenhorabilidade, nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90, não podendo, em ato posterior, suscitar tal escusa.

Apesar disso, necessário esclarecer que a interpretação desse dispositivo nos conduz à conclusão de que a exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família somente se aplica quando a dívida garantida pela hipoteca é constituída, pelo casal ou entidade familiar, não bastando que a garantia seja dada em benefício destes.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *"Por fim, o entendimento desta Corte, conforme preceitua o art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, é de que é autorizada a penhora do bem de família quando dado, pelo casal ou entidade familiar, em garantia hipotecária da dívida exequenda."* (AgRg no AREsp 604.407/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DA TÉCNICA PRÓPRIA PARA A APRECIAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90.*
>
> *1.- Incabível o recurso especial pelo fundamento da alínea "a" do permissivo constitucional, se o recorrente não indica o dispositivo tido como violado (Súmula 284 do STF).*
>
> *2.- Conforme artigo 3º, inciso V, da Lei 8.099/90, é autorizada a penhora do bem de família quando dado, pelo casal ou entidade familiar, em garantia hipotecária da dívida exequenda.*

> *3.- Agravo Regimental improvido".* (AgRg no AREsp 72.620/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90.*
>
> *1. Conforme artigo 3º, inciso V, da Lei 8.099/90, é autorizada a a penhora do bem de família quando dado, pelo casal ou entidade familiar, em garantia hipotecária da dívida exequenda. (...)"* (AgRg no Ag 1333436/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 03/11/2010).

À evidência, verifica-se que o contrato que gerou a dívida exequenda foi firmado por Jayme da Rosa Veiga quando ainda casado com a recorrida Vanda Lúcia Palmeira, contudo, verifica-se do referido instrumento, espelhado à fl.55/56, que não há outorga uxória daquela que, à época, era cônjuge do contratante, o que descaracteriza a exceção que justifica a adoção de medida tão severa como a constrição de um bem de família.

Diante desse cenário, restando demonstrado que a hipoteca foi lançada sem a anuência de um dos cônjuges, a garantia afigura-se ineficaz, devendo ser preservado o bem de família dos recorridos.

Aliás, não por outro motivo o Tribunal da Cidadania, por meio da Súmula nº 332, estabeleceu, no que se refere à fiança dada sem a outorga uxória, que: *"Fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia".*

Ademais, sequer está comprovado que a dívida garantida por hipoteca foi contraída em benefício da entidade familiar, situação que poderia afastar a impenhorabilidade do bem de família, todavia, tal fato não pode ser presumido.

Nesse pórtico, inclusive, são os precedentes da Corte de Uniformização Infraconstitucional. *Verbi gratia:*

> *"(...)2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.*
>
> *3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.(...)"* (REsp 988.915/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 08/06/2012).

Quanto à alegação de fraude à execução, de igual modo, não assiste razão ao apelante.

Saliento que, não obstante o recorrente tenha se utilizado da expressão fraude contra credores, extrai-se que, *in casu*, houve impropriedade da terminologia, pois, além de a ventilada fraude ter ocorrido quando já pendia ação, se realmente fosse o caso de fraude contra credores, o recorrente deveria se valer de ação própria para tanto.

Deste modo, tendo em vista que o magistrado apreciou acertadamente a questão sob o espeque da fraude à execução, entendo que o apelante recorre deste ponto, razão pela qual passo a apreciar o pedido de fraude como aquele previsto na Lei Adjetiva.

Consoante dispõe a Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, *"o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*, situações não verificadas no caso enfocado.

A penhora do imóvel ocorreu em 14/08/12 (fl.138), ao passo que o imóvel passou a pertencer aos recorridos com a homologação judicial da partilha aos 11/09/08 (fl.28/29), ou seja, a alienação aos familiares que se pretende tachar de fraudulenta foi realizada muito antes da penhora.

Outrossim, o apelante não fez prova do *consilium fraudis* - elemento subjetivo caracterizado pela má-fé com intuito de fraudar a execução. Nesse ponto, impende realçar as palavras do Juízo *a quo:*

> *"Não obstante, a parte embargada não se desimcumbiu com o ônus que lhe pertencia, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, na demonstração da alegada simulação, uma vez que demonstrou interesse na produção de prova oral mas não compareceu na audiência designada por este Juízo (fl. 126)."* (fl.138).

Além do mais, considerando que a partilha ocorreu em 11/09/08 e que a citação válida nos autos da execução se deu em 28/07/11, conforme asseverado pelo próprio apelante (*vide* documentos de fls.151/152), resta frustrada a tentativa do apelante de emplacar a tese de fraude à execução, porquanto a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, sedimentou que "*é indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC."* (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014).

Nesse tom foi a *opinio juris* constante da cota Ministerial. Frise-se:

> *"Ademais, bom ressaltar que, inobstante a ação de execução, que deu origem a penhora combatida, tenha sido ajuizada antes da partilha acima descrita, em 25/08/2008, para que se possa configurar a fraude à execução, como pretende o Apelante, mister que anterior à partilha tivesse ocorrido a citação válida do executado, bem como houvesse prova inequívoca da má fé e conluio das partes.*
>
> *(...)*
>
> *Contudo, como trazido pelo próprio Apelante, a citação do executado ocorreu somente em 28/07/2011 (f. 151-152), ou seja, em data bem posterior à realização da partilha, além disso, não há nos autos qualquer indício de má fé e conluio das partes, não configurando, portanto, a alegada fraude."* (fls.169/170).

Por fim, em casos análogos ao destes autos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em síntese, que pouco importa se o bem de família foi doado aos filhos e repassada a meação à ex-esposa em razão de separação, tal fato não descaracteriza a sua essência de imóvel familiar, quando ainda utilizado para moradia, pois o que se busca proteger é o seio familiar. Eis a ementa do julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 512 DO CPC. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. IMÓVEL DOADO AOS FILHOS DO EXECUTADO EM USUFRUTO DA EX-CÔNJUGE. FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA.*
>
> *(...)*

2. A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública que não pode, nem mesmo, ser objeto de renúncia por parte do devedor executado, já que o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico não é do devedor, mas da entidade familiar, que detém, com a Carta Política de 1988, estatura constitucional. Precedentes. Ausência de contrariedade ao art. 512 do CPC.

3. O fato de o recorrido já não residir no imóvel não afasta sua impenhorabilidade absoluta, já que foi transferido, no caso, para seus filhos com usufruto de sua ex-esposa. Como a lei objetiva tutelar a entidade familiar e não a pessoa do devedor, não importa que no imóvel já não mais resida o executado.

4. Se o imóvel é absolutamente impenhorável e jamais poderia ser constrito pela execução fiscal, conclui-se que a doação do bem aos filhos do executado com usufruto pela ex-esposa não pode ser considerado fraude à execução, pois não há a possibilidade dessa vir a ser frustrada em face da aludida alienação.

5. Recurso especial não provido." (REsp 1059805/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 2.10.2008).

"PROCESSO CIVIL. LEI N. 8.009/1990. RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO DO IMÓVEL À FILHA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. BEM INCINDÍVEL. IMPENHORABILIDADE DA TOTALIDADE DO BEM.

1. A impenhorabilidade do bem de família, via de regra, sobrepõe-se à satisfação dos direitos do credor, ressalvadas as situações previstas nos arts. 3º e 4º da Lei n. 8.009/1990, os quais devem ser interpretados restritivamente. Precedentes.

2. O reconhecimento da ocorrência de fraude à execução e sua influência na disciplina do bem de família deve ser aferida casuisticamente, de modo a evitar a perpetração de injustiças - deixando famílias ao desabrigo - ou a chancelar a conduta ardilosa do executado em desfavor do legítimo direito do credor, observados os parâmetros dos arts. 593, II, do CPC ou 4º da Lei n. 8.009/1990.

***3**. Quando se trata da alienação ou oneração do próprio bem impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90, entende-se pela inviabilidade - ressalvada a hipótese prevista no art. 4º da referida Lei - de caracterização da fraude à execução, haja vista que, consubstanciando imóvel absolutamente insuscetível de constrição, não há falar em sua vinculação à satisfação da execução, razão pela qual carece ao exequente interesse jurídico na declaração de ineficácia do negócio jurídico. Precedentes.*

4. O parâmetro crucial para discernir se há ou não fraude contra credores ou à execução é verificar a ocorrência de alteração na destinação primitiva do imóvel - qual seja, a morada da família - ou de desvio do proveito econômico da alienação (se existente) em prejuízo do credor. Inexistentes tais requisitos, não há falar em alienação fraudulenta.

5. No caso, é fato incontroverso que o imóvel litigioso, desde o momento de sua compra - em 31/5/1995 -, tem servido de moradia à família mesmo após a separação de fato do casal, quando o imóvel foi doado à filha, em 2/10/1998, continuando a nele residir, até os dias atuais, a mãe, os filhos e o neto; de forma que inexiste alteração material apta a justificar a declaração de ineficácia da doação e a penhora do bem.

(...)" (REsp 1227366/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 17/11/2014).

Em verdade, por ser o bem de família impenhorável, o simples fato de se praticar ato de disposição aos entes familiares (filhos e ex-esposa) não configura fraude à execução, pois tal alienação não tem, de forma alguma, o condão de frustrar a execução, mesmo que não mais resida nele um dos cônjuges, e desde que ainda sirva de moradia para a família, pois, ante a proteção constitucional (art. 6º) e legal (Lei nº 8.009/90) conferida ao seio familiar, referido imóvel, por corolário, jamais seria passível de penhora.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Vilson Bertelli e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1400618-28.2015.8.12.0000 - Nova Andradina
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – MORTE CÔNJUGE – BEM PARTICULAR – CÔNJUGE SOBREVIVENTE – HERDEIRO NECESSÁRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se a herança envolve um bem particular, o cônjuge supérstite, por força de lei, deverá integrar o inventário na condição de herdeiro necessário, concorrendo com os demais herdeiros.

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.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Marcos Roberto de Sá interpõe agravo de instrumento, porquanto irresignado com a decisão estampada às fls. 27/28, proferida pelo juízo da 3ª Vara cível de Nova Andradina no inventário de José Manoel de Sá, concernente ao reconhecimento de que a viúva Diva Xavier de Sá é herdeira do bem e concorre com os filhos na partilha, afigurando-se necessária, por conseguinte, correção do plano apresentado.

Alega que apesar do *de cujus* ter sido casado com Diva Xavier de Sá sob o regime da comunhão parcial de bens, o imóvel objeto deste inventário foi recebido por herança da morte de Manoel Joaquim de Sá e Antonia Jacinta de Sá (genitores do falecido), conforme formal de partilha de fl.10.

Discorre que mesmo que o casamento tenha ocorrido em 1988, seria imperioso o não reconhecimento do direito à meação da Sr. Diva Xavier, porquanto não se trata de bens adquiridos na constância do casamento.

Pede, ao final, a reforma da decisão para determinar a exclusão de Diva Xavier de Sá da herança.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 31-33).

Intimado, o recorrido não apresentou contrarrazões (fl. 37).

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento manejado por Marcos Roberto de Sá, inventariante no inventário de seu genitor José Manoel de Sá, em que se insurge contra a decisão que reconheceu que a viúva Diva Xavier de Sá é herdeira do bem, concorrendo com os demais filhos na partilha.

Feito o relato, faço agora um breve apanhado do feito.

Consta que José Manoel de Sá, falecido em 06.07.2007, era casado com Diva Xavier de Sá e tinha como descendentes exclusivos José Roberto, Marcos Roberto de Sá, Marlom Ricardo e Maria Ivone. Deixou de herança o imóvel matriculado sob o n° 10200 do CRI de Nova Andradina/MS.

No curso do inventário, a juíza singular prolatou a seguinte decisão, que agora é alvo deste recurso:

> *"O pedido de fls. 119/121 é ambíguo.*
>
> *Trata-se de inventário de José Manoel de Sá, falecido aos 06/07/2006 (certidão de óbito à fl. 11).*
>
> *O imóvel objeto deste inventário trata-se de bem recebido por herança, conforme registro da matrícula nº 10200 (fl. 10).*
>
> *Consoante se afere da certidão de casamento acostada à fl. 115,* ***José Manoel de Sá era casado com Diva Xavier de Sá pelo regime de comunhão parcial de bens****, o que exclui qualquer comunhão quanto ao bem particular, mesmo que adquirido na vigência do matrimônio, inteligência do art. 1.659, I, do Código Civil.*
>
> *Contudo, a ordem de vocação hereditária, do art. 1.829 do Código Civil, assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os descendentes nos bens particulares.*
>
> *O de cujus deixou descendentes, a saber, os filhos* ***José Roberto de Sá*** *(certidão de casamento à fl. 81),* ***Maria Ivone Ramos de Sá Leandrini*** *(certidão de casamento à fl. 82),* ***Marcos Roberto de Sá*** *(certidão de nascimento à fl. 75) e* ***Marlon Ricardo Lima de Sá*** *(certidão de casamento à fl. 78).*
>
> *Sendo assim, a viúva Diva Xavier de Sá é herdeira do bem juntamente com os filhos do de cujus e a partilha, por sua vez, será feita em partes iguais entre todos, tal como prevê o art. 1.832 do Código Civil.*
>
> *Em 5 dias, proceda o inventariante a correção do plano de partilha e a qualificação da cônjuge sobrevivente para fins de citação".*Grifei

A questão nodal posta à apreciação cinge-se em saber se o cônjuge sobrevivente - Diva Xavier de Sá - tem o direito de concorrer com os descendentes no inventário de bem particular (adquirido por herança dos genitores do *de cujus*).

E a resposta, neste caso, é positiva.

Como bem destacou a juíza singular, uma coisa é o direito de meação do cônjuge supérstite, outra é seu direito hereditário com relação ao seu consorte.

A respeito, colho trecho da doutrina de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:

> *"Dentre os direitos patrimoniais do cônjuge, distinguem-se a meação e a herança. Uma coisa é a meação, que decorre do regime de bens e pré-existe ao óbito do outro cônjuge, devendo ser apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal. Diversamente, herança é a parte do patrimônio que pertencia ao cônjuge falecido, transmitindo-se aos seu sucessores legítimos ou testamentários."* (Inventários e Partilhas – Direito das Sucessões – Teoria e Prática. 22ª Ed. São Paulo: Leud, 2009. P. 94-95).

Acerca do tema, aliás, estabelecem os arts. 1829, I, e 1832, ambos do Código Civil:

> *"Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*
>
> *"Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".*

Mauro Antonini comenta este art. 1.832, *verbis*:

> *"O artigo disciplina a proporção da concorrência, prevista no inc. I do art. 1.829, entre cônjuge e descendentes. Para compreender o alcance dessa disciplina, é fundamental recorda quer, em regra, o cônjuge concorre com os descendentes somente nos bens particulares, não nos comuns, pois, em relação a estes, já está protegido pela meação. Para o cálculo previsto no art. 1.832, portanto, pe preciso separar os bens particulares e comuns. A referência à herança, no artigo, deve ser compreendida, por conseguinte, como os bens particulares, objeto da concorrência, excluídos os comuns.*
>
> *O cônjuge recebe uma cota igual à dos descendentes que sucederem por cabeça. Assim, se são três os filhos, a parte da herança objeto da concorrência é dividida em quatro partes iguais, atribuindo-se um cota a cada um dos filhos e uma ao cônjuge. Se os filhos são comuns do autor da herança e do cônjuge sobrevivente, este tem assegurado um quarto da parte da herança em relação à qual há concorrência. Se forem cinco filhos comuns, por exemplo, o cônjuge terá direito a 25% dessa parte da herança e os 75% restantes serão divididos entre os cinco filhos, resultando em 15% a cada um. A contrário sensu, se os descendentes são exclusivos do de cujus, o cônjuge não tem direito a essa parte. No mesmo exemplo de cinco filhos, todos exclusivos, a divisão será em seis partes, uma delas correspondente ao cônjuge"* (Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência. Barueri-SP: Manole, 2007. p. 1828).
>
> *Especificamente para o caso dos autos, em que os demais herdeiros são descendentes exclusivos do falecido, acrescento lição de Fabrício Zamprogna Matiello:*
>
> *"Se o falecido deixar descendentes e cônjuge, a participação quantitativa deste último na herança, observadas também as disposições do artigo 1829, I, do Código Civil, dependerá da circunstância de ser ou não ascendente das pessoas com quem concorre.*
>
> *(...)*
>
> *Na hipótese de o casal não ter descendentes, mas o falecido sim, concorrerão eles com o cônjuge sobrevivo; porém, não será assegurado a este quota mínima de um quarto, de vez que a herança se dividirá por cabeça em tantas partes quantos forem os sucessores, nisso incluído o supérstite"* (Código Civil Comentado. 3ª Ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 1196-1197).

Portanto, se a herança envolve um bem particular, o cônjuge supérstite, por força de lei, deverá integrar o inventário na condição de herdeiro necessário, concorrendo com os demais herdeiros.

Inclusive, há julgado do STJ nesse diapasão:

> *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.*
>
> *1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.*
>
> *2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.*
>
> *3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.*
>
> *4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.*
>
> *5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.*
>
> *6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.*
>
> *7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).*
>
> *8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.*

> *9. Recurso especial não provido".* (STJ; REsp 1472945/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014).
>
> *"CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART.1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.*
>
> *1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).*
>
> *2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art.*
>
> *1.829, I, do Código Civil.*
>
> *3. Recurso especial desprovido".* (STJ; REsp 1430763/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 02/12/2014).

Destarte, indubitável que Diva Xavier de Sá, viúva de José Manoel de Sá, figura como herdeira deste com relação à herança em discussão nos autos, visto se tratar de um bem que, embora seja excluído da comunhão, faz parte dos bens particulares do falecido.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão ora vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0002905-53.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIREITO DE VIZINHANÇA – EVENTOS REALIZADOS COM A UTILIZAÇÃO DE SOM MECÂNICO DE ALTO VOLUME – PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, e somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

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.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Nives Simone Roese recorre da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em desfavor de Márcia Fernandes Domingues.

A decisão reclamada consiste na procedência do pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, em razão de reiteradas realizações de festas com uso de som mecânico de alto volume, que resultaram em poluição sonora e perturbação do sossego, havendo inclusive condenação da ré na esfera criminal.

Inconformada com o *quantum* indenizatório, a recorrente alega, em síntese, que o valor de R$ 5.000,00 não condiz com os constrangimentos e as consequências sofridas pelo ato lesivo e que, por diversas vezes, teve que se dirigir ao local da ré para que esta cessasse as festas, obtendo como respostas injúrias e ofensas presenciadas pelos demais vizinhos.

Sustenta que a apelada é reincidente em perturbar o sossego alheio e enfatiza que à época dos fatos encontrava-se gestante, não podendo permanecer em sua própria residência devido ao som alto.

Pede a majoração da indenização por danos morais para quantia não inferior a 50 salários mínimos.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Nives Simone Roese recorre da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que move em desfavor de Márcia Fernandes Domingues.

A decisão reclamada consiste na procedência do pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, em razão de reiteradas realizações de festas com uso de som mecânico de alto volume, que resultaram em poluição sonora e perturbação do sossego, havendo inclusive condenação da ré na esfera criminal.

Inconformada com o *quantum* indenizatório, a recorrente alega, em síntese, que o valor de R$ 5.000,00 não condiz com os constrangimentos e as consequências sofridas pelo ato lesivo e que, por diversas vezes, teve que se dirigir ao local da ré para que esta cessasse as festas, obtendo como respostas injúrias e ofensas presenciadas pelos demais vizinhos.

Sustenta que a apelada é reincidente em perturbar o sossego alheio e enfatiza que à época dos fatos encontrava-se gestante, não podendo permanecer em sua própria residência devido ao som alto.

Pede a majoração da indenização por danos morais para quantia não inferior a 50 salários mínimos.

Sem contrarrazões.

O recurso não merece prosperar.

Sabe-se que o valor da indenização por dano moral deve ser suficiente para servir de desestimulo à prática de novos atos e indenizar a ofensa sofrida pela parte lesada.

É certo que a quantificação do dano moral se trata de questão tormentosa, já que não se tem parâmetro para aferi-lo, ficando, deste modo, à avaliação equitativa do magistrado em cada caso.

Segundo a atual orientação do STJ, a reparação pela lesão extrapatrimonial deve seguir o método denominado bifásico. Por outras palavras, na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Já numa segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz (Cf. Resp 1152541/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011).

Atendida essa linha de avaliação, conforme extraído dos autos, a extensão da aflição da autora guarda proporcionalidade em relação à fixação imposta pelo juiz. Isto porque foram observadas a extensão do constrangimento e as consequências decorrentes do ato lesivo.

Nesse entendimento, Maria Helena Diniz ensina que:

> *"Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo se irrisório ou simbólico. A*

> *reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação"* (Revista Jurídica Consulex, n. 3, de 31.03.97).

Ainda, o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias para indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.

Assim, verifico que o *quantum* arbitrado pelo juízo singular se mostra adequado à situação. Não há comprovação de que a apelada goze de estado financeiro confortável o suficiente para se considerar o valor da indenização como irrisório ou simbólico.

Por outro lado, a quantia buscada pela apelante não é proporcional aos danos sofridos nem corresponde à realidade financeira da apelada, ressaltando-se a vedação ao enriquecimento sem causa.

Logo, considerando os critérios tidos pela jurisprudência e doutrina como norteadores do arbitramento judicial para esse tipo de indenização, tem-se que o valor fixado em R$ 5.000,00 é suficiente para compensar o abalo moral sofrido pela autora, sem lhe proporcionar, entretanto, enriquecimento indevido e, ao mesmo tempo, para imprimir uma sanção de caráter educativo à recorrida.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0835684-86.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR DEMOLIÇÃO DE OBRA – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO – NÃO CONFIGURAÇÃO DE POSSE – MERA DETENÇÃO – USO DO PODER DE POLÍCIA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DEMOLIÇÃO – ÁREA PÚBLICA – OCUPAÇÃO CLANDESTINA E IRREGULAR – AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL – NÃO PROVIMENTO.

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.

Campo Grande, 2 de junho de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Antônio Maria interpõe recurso de apelação contra sentença proferida na ação de indenização por danos morais e materiais movida em face do Município de Campo Grande, na qual pleiteava a procedência da ação para declarar a nulidade do ato expropriatório, a condenação do requerido ao pagamento de danos morais e danos materiais, bem como a reintegração na posse do imóvel.

A sentença consiste na extinção do feito, sem resolução do mérito, por ser o autor carecedor da ação, diante da impossibilidade jurídica do pedido. Na ocasião, o magistrado considerou que, por se tratar de invasão de imóvel público (sem autorização de uso por escrito), o recorrente mantinha posse irregular e, em decorrência disso, foi desapossado em ato de exercício regular de direito da Administração Pública.

Nas razões recursais, o apelante narra que adquiriu, em setembro de 1992, a posse mansa e pacífica do Lote 05, Quadra 41, Rua Verdejante, em Campo Grande, e, diante do abandono do lote, resolveu cuidar dele, cercando-o e tornando-o produtivo, a fim de obter renda; relata que entrou em contato com o recorrido para regularizar sua situação, obtendo resposta no sentido de que poderia ocupar a área por período indeterminado e que, após 20 anos na posse, no dia 23 de fevereiro de 2013, o recorrido mandou tratores para derrubar todas as árvores e mudas de plantas, o que lhe causou diversos transtornos.

Alega que o município recorrido agiu de modo ilegal, praticando dolosamente atos maculados de vícios e nulidades que acarretaram verdadeiros transtornos, como a "*perda de seu local de trabalho, e consequentemente de sua fonte de subsistência de forma abrupta e ilícita, sem qualquer notificação prévia*" (f. 38), configurando dano moral passível de indenização.

Segue argumentando que caso o particular sofra algum prejuízo em razão da atuação estatal, regular ou irregular, é devida a indenização.

Aduz que o município não realizou nenhuma notificação prévia necessária para dar validade ao ato administrativo e que o valor do prejuízo causado ao recorrente deve ser restituído de forma integral.

Afirma que a propositura de ação de reparação de danos é perfeitamente cabível porque existe objetivo (reparação dos danos patrimoniais e morais) a ser alcançado, afigurando-se útil e adequada a medida processual.

Pleiteia que os valores "*sejam pagos a título de pensionamento mensal, já que o autor encontra-se em idade avançada, e lhe foi retirada sua fonte de renda ilicitamente por parte do poder público"* (f. 47).

Por fim, requereu a reforma da sentença para o fim de dar prosseguimento à ação.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Antônio Maria interpõe recurso de apelação contra sentença proferida na ação de indenização por danos morais e materiais movida em face do Município de Campo Grande, na qual pleiteava a procedência da ação para declarar a nulidade do ato expropriatório, a condenação do requerido ao pagamento de danos morais e danos materiais, bem como a reintegração na posse do imóvel.

A sentença consiste na extinção do feito, sem resolução do mérito, por ser o autor carecedor da ação, diante da impossibilidade jurídica do pedido. Na ocasião, o magistrado considerou que, por se tratar de invasão de imóvel público (sem autorização de uso por escrito), o recorrente mantinha posse irregular e, em decorrência disso, foi desapossado em ato de exercício regular de direito da Administração Pública.

Nas razões recursais, o apelante narra que adquiriu, em setembro de 1992, a posse mansa e pacífica do Lote 05, Quadra 41, Rua Verdejante, em Campo Grande, e, diante do abandono do lote, resolveu cuidar dele, cercando-o e tornando-o produtivo, a fim de obter renda; relata que entrou em contato com o recorrido para regularizar sua situação, obtendo resposta no sentido de que poderia ocupar a área por período indeterminado e que, após 20 anos na posse, no dia 23 de fevereiro de 2013, o recorrido mandou tratores para derrubar todas as árvores e mudas de plantas, o que lhe causou diversos transtornos.

Alega que o município recorrido agiu de modo ilegal, praticando dolosamente atos maculados de vícios e nulidades que acarretaram verdadeiros transtornos, como a "*perda de seu local de trabalho, e consequentemente de sua fonte de subsistência de forma abrupta e ilícita, sem qualquer notificação prévia*" (f. 38), configurando dano moral passível de indenização.

Segue argumentando que caso o particular sofra algum prejuízo em razão da atuação estatal, regular ou irregular, é devida a indenização.

Aduz que o município não realizou nenhuma notificação prévia necessária para dar validade ao ato administrativo e que o valor do prejuízo causado ao recorrente deve ser restituído de forma integral.

Afirma que a propositura de ação de reparação de danos é perfeitamente cabível porque existe objetivo (reparação dos danos patrimoniais e morais) a ser alcançado, afigurando-se útil e adequada a medida processual.

Pleiteia que os valores "*sejam pagos a título de pensionamento mensal, já que o autor encontra-se em idade avançada, e lhe foi retirada sua fonte de renda ilicitamente por parte do poder público"* (f. 47).

Por fim, requereu a reforma da sentença para o fim de dar prosseguimento à ação.

Sem contrarrazões.

A sentença não merece reparo.

Como é sabido, os bens públicos são imprescritíveis e inalienáveis, conforme preceitua o art. 183, § 3º, da Constituição Federal. Não podem, portanto, ser usucapidos e só poderão ser vendidos quando observadas as prescrições legais.

Conclui-se, dessa forma, que o bem público não poderá tornar-se objeto de direito de propriedade ou de posse de um particular.

Significa que a ocupação irregular de área pública não pode ser reconhecida como posse, apresentando-se, portanto, como mera detenção que não gera direito a indenização ou retenção.

Nesse sentido:

> *ADMINISTRATIVO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE - BEM PÚBLICO – DETENÇÃO IRREGULAR DO PARTICULAR – LOCAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DESOCUPAÇÃO – CABIMENTO.*
>
> *Trata-se de ação de reintegração de posse proposta pela União Federal, em vista da invasão e ocupação irregular de imóvel de sua propriedade por servidor federal. A sentença julgou procedente o pedido e o recurso defende a boa-fé do ocupante, com base em pedido anterior de locação e na dignidade da pessoa humana.*
>
> *É incontroverso que o réu invadiu e ocupou de forma irregular o bem público, ação que não é atenuada pela existência de requerimento prévio que autorize a ocupação através de locação.*
>
> *A ocupação irregular de bem público não caracteriza posse, mas mera detenção e não gera efeitos possessórios, muito menos caracteriza direito de retenção ou de preferência, conforme arts. 99, 100 e 1.223 do Código Civil vigente. Diante das características de imprescritibilidade e inalienabilidade dos bens públicos, o uso privativo dos mesmos atrai a incidência do DL 9.760/46.*
>
> *(...)*
>
> *Recurso desprovido. Sentença mantida.*" (TRF 2ª R.,AC 0000126-71.2006.4.02.5101, RJ, 5ª T., rel. Des. Fed. Marcus Abraham, j. 29/07/2014,DJ 13/08/2014)

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

Nesse passo, eram dois os requisitos necessários para que o apelante fizesse jus ao recebimento da indenização, quais sejam, a posse e a boa-fé.

Porém, o pressuposto "posse" não está presente, por tratar-se de bem público, restando somente a mera detenção.

Além disso, a "boa-fé" também não ficou evidenciada. O apelante apenas sustenta ter autorização verbal de "*um dos atendentes*" da prefeitura para "*ocupar a área por período indeterminado*" (f. 02), sem comprovar suas alegações.

Ou seja: a única interpretação que pode ser dada é que a ocupação do bem por parte do recorrente se deu, realmente, de forma clandestina, como verdadeira invasão, de modo que não pode estar resguardada pela boa-fé.

Por outro lado, a demolição da obra irregular não justifica qualquer indenização por dano moral ou mesmo material.

Sabe-se que o poder público deve sempre buscar interesses reconhecidos como públicos. Para alcançar esses interesses, a Administração Pública dispõe de poderes próprios que lhe garantem a eficiência de sua atuação.

Dentre os poderes concedidos ao administrador, está inserido o poder de polícia que é "*a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público"* (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 2002. p. 111).

Pode a administração, portanto, fazendo uso de seu poder de polícia, intervir nos interesses particulares discricionariamente, visando sempre à satisfação pública.

Aliás, são três os atributos conferidos ao poder de polícia: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

Observo que, no caso, o recorrido, agindo no poder de polícia e com a autoexecutoriedade que lhe é conferida, determinou a demolição da obra do apelante em virtude da invasão da área.

De fato, como bem observou o magistrado, o pedido inicial do apelante é juridicamente impossível, diante das evidências do caso concreto.

Com acerto, consignou que "*o autor mantinha posse irregular (em razão da ausência de autorização de uso escrita) de bem público e dele foi desapossado em ato de exercício regular de direito (autoexecutoriedade dos atos administrativos) e assim, com tais fundamentos, revela-se impossível a dedução de pretensão indenizatória em juízo, eis que os fatos não dão substância jurídica ao pedido*"

O direito à indenização tanto por danos materiais quanto morais só se configuraria no caso de ter sido concedida eventual licença e, após, ser ela revogada ou cassada, o que não é o caso.

A realidade é que os fatos evidenciados retiram do apelante qualquer direito de ser indenizado pelos prejuízos materiais e morais sofridos eventualmente sofridos.

Na verdade, a conduta ilícita foi do apelante que invadiu área pública e não do administrador público, que apenas agiu no intuito de restabelecer o estado anterior das coisas.

Quanto à possibilidade de demolição de obra irregularmente edificada, decidiu o STJ:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EMBARGO E DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES IRREGULARES. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA. MATÉRIA CONTROVERTIDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*
>
> *1. Inadmissível o mandado de segurança sem a indispensável preconstituição da prova ou quando a matéria é controvertida exigindo dilação probatória.*
>
> *2. Inexistência de ilegalidade ou abusividade do exercício do Poder de Polícia para demolir construções irregulares decorrentes de invasão de área 'non aedificandi' do Município.*
>
> *3. Direito líquido e certo incomprovado.*
>
> *4. Recurso ordinário improvido.* (STJ. RMS 11688/RJ. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; DJ 17.06.2002, p. 229).

Também sobre a ausência de obrigação de indenizar, o STJ já decidiu:

> *DEMOLITÓRIA PROPOSTA POR MUNICÍPIO. CONSTRUÇÃO ILEGAL EM VIA PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. NÃO CABIMENTO. A construção ilegal está sujeita à demolição, não tendo o invasor de má-fé direito à retenção, nem à indenização por eventuais benfeitorias. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ; REsp 111670/PE; Rel. Min. César Asfor Rocha; DJ 02.05.2000, p. 142).

Dessa forma, constato que o poder público agiu licitamente, no uso do poder de polícia, de modo que não lhe cabe o dever de indenizar em razão da ocupação irregular, nem mesmo pelo fato de ter sido demolida obra em área pública.

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 02 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1415760-09.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TRATAMENTO CIRÚRGICO – DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA LIMINAR – SEQUESTRO DE VALORES – POSSIBILIDADE

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.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Estado de Mato Groso do Sul interpôs agravo de instrumento que interpôs contra a decisão do Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Comarca, nos autos da a ação de obrigação de fazer movida por Abadia Benites Marhold, que deferiu o bloqueio em contas do Estado de Mato Groso do Sul no valor de R$ 51.240,0 (cinquenta e um mil e duzentos e quarenta reais).

Em suas razões recursais, o agravante alegou lesão grave e de difícil reparação em caso da manutenção da decisão agravada.

Assim, pleiteou a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso para reformar a decisão que determinou o sequestro e transferência dos valores, bem como a devolução do numerário para a conta do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 168/169).

Informações prestadas pelo magistrado singular às fls. 173/174.

A agravada apresentou contraminuta às fls. 175/190, suscitando preliminarmente a perda do objeto da ação, uma vez que a cirurgia já foi realizada com o valor sequestrado.

No mérito, defendeu a manutenção da decisão de 1º grau.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Estado de Mato Groso do Sul interpôs agravo de instrumento que interpôs contra a decisão do Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Comarca, nos autos da a ação de obrigação de

fazer movida por Abadia Benites Marhold, que deferiu o bloqueio em contas do Estado de Mato Groso do Sul no valor de R$ 51.240,0 (cinquenta e um mil e duzentos e quarenta reais).

Em suas razões recursais, o agravante alegou lesão grave e de difícil reparação em caso da manutenção da decisão agravada.

Assim, pleiteou a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso para reformar a decisão que determinou o sequestro e transferência dos valores, bem como a devolução do numerário para a conta do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 168/169).

Informações prestadas pelo magistrado singular às fls. 173/174.

A agravada apresentou contraminuta às fls. 175/190, suscitando preliminarmente a perda do objeto da ação, uma vez que a cirurgia já foi realizada com o valor sequestrado.

No mérito, defendeu a manutenção da decisão de 1º grau.

Da Preliminar de Perda de Objeto

Suscita a agravante, preliminarmente, a perda do objeto da ação, uma vez que a cirurgia já foi realizada com o valor sequestrado.

A preliminar não merece guarida.

A concessão de medida antecipatória satisfativa, com consequente realização da cirurgia pretendida, não leva à perda do objeto da ação, mostrando-se imprescindível a sua confirmação pela sentença.

A tutela de urgência, ainda que de natureza satisfativa, tem caráter provisório e revogável.

Destarte, mesmo com a decisão que antecipa a providência pleiteada, não se tem ainda o término da prestação jurisdicional, que se dará somente com o julgamento definitivo de mérito.

A extinção do feito sem julgamento de mérito, ou seja, sem a confirmação da antecipação da tutela por sentença, acarretaria na possibilidade do Estado cobrar da agravada os valores por ela recebidos.

Outrossim, somente com o julgamento de mérito consubstancia-se a coisa julgada formal e material.

Por conseguinte, rejeito a preliminar.

Do Sequestro de Valores

Sobre o Sequestro de valores necessários para a intervenção cirúrgica em paciente, é pacífico o entendimento no qual é possível a sua realização nas contas do Estado, de forma a assegurar o resultado prático da ordem judicial imposta.

O sequestro de valores assegura que medicamentos e tratamentos sejam alcançados em tempo hábil diante da inércia do ente público.

Ademais, o art. 461, § 5º, do CPC, possibilita ao juiz lançar mão de medidas necessárias para garantir a efetividade da decisão.

> *Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*
>
> *(...)*
>
> *§5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição da multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

Em igual sentido o Superior Tribunal de Justiça decide:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.*
>
> *1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.*
>
> *2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.* (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.*
>
> *1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.*
>
> *2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciários), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.*
>
> *3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.*

4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 827133 / RS – Rel. Ministro Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – J. 18/05/2006 – DJ 29/05/2006 p. 204).

O sequestro de verbas públicas mostra-se ainda mais legítimo e razoável diante da situação fática posta nos autos, na qual a desídia do ente público frente ao comando judicial emitido restou clara.

Em suas informações o magistrado *a quo* esclareceu:

> *"Na Ação Originária, deferi a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de que determinar que o ora Agravante fornecesse, no prazo de 30 dias, os meios e materiais necessários para realização do procedimento cirúrgico de "embolização com uso de Stent Intracraniano" na Agravada, que é portadora de "Aneurisma Cerebral - Artéria Carótida Interna Direita com Colo Largo Pré-Embolizado e dentro do Seio Cavernoso" (CID 10: I69).*
>
> *Em razão de Decisão proferida por este E. Tribunal de Justiça, em Agravo interposto pelo ora Agravante, o prazo para realização do procedimento foi estendido para 60 dias.*
>
> *Como nem esse novo prazo foi cumprido, anotei, na Decisão objurdaga, que "esse prazo venceu-se ontem, 13.11.2014, conforme certidão de f.178. Aos Requeridos cumpria não só fornecer todos aqueles meios para o procedimento cirúrgico como, no mesmo prazo assinado, comprovar sua efetivação nos autos. Nãohá qualquer notícia pelos Requeridos de que tivessem cumprido a determinação. A Autora afirmou, por petição desta data, que tal cirurgia não foi realizada e nem colocada à disposição dela".*
>
> *Com fundamento na referida Decisão, e utilizando-me do poder geral de cautela, determinei o bloqueio e apreensão do valor de R$51.240,00, para realização da cirurgia pleiteada."*

Desta maneira, verificando que o ente público descumpriu injustificadamente o prazo por ele mesmo requerido, através de agravo de instrumento, para realizar o tratamento cirúrgico na paciente, agiu com acerto o magistrado singular ao determinar o bloqueio dos valores, com a sua posterior entrega à agravada.

Este Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o assunto:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO CIRÚRGICO – DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DE ORDEM JUDICIAL – BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – MEDIDA EXCEPCIONAL – ARTIGO 461, §5º DO CPC – PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer é lícito ao julgador, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela jurisdicional pretendida, inclusive com o bloqueio de verbas públicas necessárias à realização do tratamento cirúrgico determinado em ordem judicial, visando à proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde, tendo em vista que o rol de medidas elencadas no §5º do artigo 461 do CPC é exemplificativo.*
>
> *Havendo o conflito entre o direito fundamental à vida e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, aquele deve prevalecer sobre este.*
>
> *Recurso improvido.* (TJMS - Agravo nº 2012.004612-0/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Segunda Câmara Cível. J.17.4.2012)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

Deve ser mantida a decisão que determina o sequestro de numerário do ente municipal como garantia do cumprimento integral da obrigação deferida em decisão que impôs ao ente público o fornecimento de medicação e suplemento alimentar ao particular que demonstra a necessidade e a impossibilidade de arcar com o custeio. (Agravo - N. 2010.036325-7/0000-00 - Campo Grande. Relator Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello. Quarta Turma Cível – J. 22.2.2011).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 14 de abril de 2015.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0006384-12.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO – JUNTADA DO LAUDO DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – SUPOSTA OFENSA AO ART. 159, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INOCORRÊNCIA – MÁ QUALIDADE DOS ÁUDIOS REFERENTES ÀS MÍDIAS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE JULGAMENTO – FALHA QUE NÃO IMPEDIU O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA – UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTO COLHIDO NA FASE POLICIAL COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO POR OUTRAS PROVAS – NULIDADES AFASTADAS – ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO MANTIDA QUANTO AOS CRIMES DA LEI N.º 11.343/06 – DESCLASSIFICAÇÃO PREJUDICADA – LAVAGEM DE DINHEIRO – COMPROVAÇÃO DO MERO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DECORRENTE DA PRÁTICA DOS CRIMES ANTECEDENTES – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS – FALTA DE COMPROVAÇÃO DA LICITUDE – IMPOSSIBILDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

A juntada do laudo de dependência toxicológica após o encerramento da instrução processual não acarreta nulidade, mormente quando oportunizada manifestação às partes em sede de alegações finais.

Evidenciada a compreensão dos depoimentos colhidos durante a audiência de instrução de instrução, malgrado a má qualidade dos respectivos áudios, não há de se cogitar em impedimento ao exercício da ampla defesa.

Inexiste vedação ao julgador de considerar o depoimento testemunhal colhido na fase policial como elemento de convicção, quando a condenação não se fundamenta apenas neste, mas também e principalmente na prova judicializada.

Não há de se cogitar a absolvição por insuficiência de provas quando os depoimentos testemunhais, aliados à prova documental, demonstram a autoria e materialidade dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06. Nessa esteira, julga-se prejudicado o pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de porte de droga para consumo pessoal.

Constatado o mero aproveitamento econômico do lucro decorrente do comércio de drogas, não há de se cogitar na ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, que exige especial vontade de ocultar a origem e localização dos bens adquiridos com proveitos do tráfico de drogas.

É ônus da prova da defesa a demonstração da origem lícita dos bens apreendidos. Caso não comprovada a licitude deve persistir o perdimento decretado.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, apenas para o fim de absolver os acusados da prática do crime de lavagem de dinheiro.

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 os recursos, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Revisor, que provia parcialmente em maior extensão. Decisões em parte com o parecer.

Campo Grande, 8 de junho de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Reinaldo Benitez Ortiz e Vanilce Santos de Almeida a fim de reformar a sentença que os condenou pelos crimes do art. 33 (tráfico de drogas) e art. 35 (associação para o tráfico), ambos da Lei n.º 11.343/06, e art. 1º, § 1º, I e II (lavagem de dinheiro), da Lei n.º 9.613/98.

Preliminarmente, sustentam a nulidade do *decisum*, ante o cerceamento de defesa pela não observância do art. 159, § 5º, do Código de Processo Penal; a péssima qualidade das mídias referentes à audiência de instrução e julgamento; e utilização de provas não submetidas ao crivo do contraditório.

No mérito, clamam pela absolvição por insuficiência probatória e diante da falta de comprovação da associação estável e permanente para a prática do crime do art. 35, da Lei n.º 11.343/06. Alternativamente, pugnam pela desclassificação do crime de tráfico de drogas imputado ao acusado Reinaldo para o delito do art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), da mesma lei. Não bastasse, requerem a restituição dos bens apreendidos.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 813/844).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 853/859).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Reinaldo Benitez Ortiz e Vanilce Santos de Almeida irresignados com a sentença que os condenou às sanções de 15 (quinze) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.581 (mil quinhentos e oitenta e um) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 33 (tráfico de drogas) e art. 35 (associação para o tráfico), ambos da Lei n.º 11.343/06, e art. 1º, § 1º, I e II (lavagem de dinheiro), da Lei n.º 9.613/98, interpõem a presente apelação.

Os acusados foram denunciados porque – aos 11 de janeiro de 2013, por volta das 06h10min, na Rua Presidente Vargas n.º 2.406, Cohafaba BNH 3º Plano, em Dourados, juntamente com o filho adolescente *I. R. A. O.*, tinham em depósito para a venda 08 (oito) porções de cocaína, as quais totalizaram 73 g (setenta e três gramas) e 01 (uma) porção de maconha, de 20 g (vinte gramas).

A apreensão das drogas ocorreu em virtude do cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Ao chegarem ao local e procederem à revista pessoal no acusado Reinaldo, os policiais civis constataram que o mesmo trazia 01 (uma) embalagem de pasta base de cocaína, enquanto o adolescente tinha em seu bolso 01 (uma) porção de maconha, a qual totalizou 20 g (vinte gramas).

Ainda de acordo com a prefacial acusatória (f. 02/03):

> *"Em continuidade às diligências, os policiais encontraram, dentro de uma caixa de celular, que estava ocultada no armário da cozinha, 04 (quatro) embalagens contendo porções individuais de cocaína.*
>
> *Os policiais localizaram ainda no interior do quarto dos denunciados, que convivem em união estável, mais precisamente no bolso da camisa, que estava no guarda-roupas, outras 03 (três) porções da mesma droga.*
>
> *No imóvel havia também diversos plásticos cortados em pequenas tiras, balança digital e bicarbonato de sódio, petrechos utilizados para o preparo da cocaína para a venda, como também 02 (dois) aparelhos de televisão; 01 (um) notebook marca Toshiba; R$ 1.112,00 (um mil, cento e doze reais) em dinheiro, além de diversas jóias, oriundos do mercadejo de estupefacientes.*
>
> *As drogas apreendidas eram voltadas ao comércio, que era desenvolvido continuamente no local pelos denunciados e pelo adolescente I. R. A. O., filho de ambos."*
>
> *Narra a prefacial que os acusados, "de forma reiterada, ocultavam e também dissimulavam a origem, a localização, a disposição, a movimentação e a propriedade de valores e bens provenientes do tráfico de drogas"* (f. 03) e *"realizavam contínua movimentação para ocultar ou dissimular a origem de altas somas de dinheiro de origem ilícita, além de transformá-las em ativos lícitos, por meio de operações financeiras"* (f. 04).

Preliminarmente, sustentam a nulidade do *decisum*, ante o cerceamento de defesa pela não observância do art. 159, § 5º, do Código de Processo Penal, uma vez que o "laudo de dependência toxicológica" fora juntado após o encerramento da instrução processual, impedindo a defesa de requerer a oitiva do perito responsável por sua elaboração.

Sobre o assunto, conveniente destacar o julgado já prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de acordo com o qual, *"o exame de dependência só se torna necessário quando comprovada a sua necessidade, não bastando para a sua realização mera alegação da defesa. Se o laudo foi juntado após a audiência, mas a defesa teve vista dos autos, logo em seguida, para alegações finais, não ocorreu qualquer nulidade"* [1].

Nessa esteira, não há de ser reconhecida a nulidade aventada.

De igual forma, a suposta má qualidade das mídias referentes à audiência de instrução e julgamento também não justificam o reconhecimento de qualquer vício, pois, consoante *decisum* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *"a eventual falha técnica de depoimento de áudio não acarreta nulidade da prova, quando possível a compreensão do conteúdo das declarações essenciais para o deslinde do feito"* [2].

Finalmente, a defesa aventa a nulidade da sentença pela utilização de prova – mais precisamente do depoimento do policial Anderson Mirandola – não submetida ao crivo do contraditório, pois tal testemunha somente fora ouvida na fase inquisitiva.

1 Ap 1.0363.06.022919-4/001, 3ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª Jane Ribeiro Silva, j. 30/01/2007, DJ 12/04/2007.

2 Ap 2012.083655-0, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 28/05/2013, DJ 18/06/2013.

A alegação nem se presta a maiores considerações, pois é certo que a prova testemunhal produzida durante o inquérito policial, por si só, não serve como fundamento para condenação, todavia, aliada aos demais elementos probatórios produzidos durante a instrução processual, pode ser utilizada para a formação do convencimento do julgador.

De outro vértice, as provas carreadas ao caderno processual apontam para responsabilidade dos acusados ao menos pelo cometimento dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Na fase inquisitiva, os policiais civis foram taxativos quanto ao fato de haverem flagrado Reinaldo e o filho adolescente em poder das drogas discriminadas. Destacaram, também, terem encontrado drogas em outros pontos da casa, além da existência de vários petrechos utilizados para a prática da mercancia, tais como balança de precisão e embalagens plásticas já prontas para o embalo da droga (f. 10/12 e 14/19).

Finalmente, informaram já terem recebido a notícia de que o local era conhecido como ponto de venda de drogas.

Na oportunidade, procedeu-se à oitiva do adolescente infrator, o qual, negou a prática da mercancia por seus genitores, afirmando que as drogas apreendidas destinavam-se ao consumo próprio e do acusado Reinaldo. Todavia, deixou de apresentar versão convincente a respeito dos petrechos encontrados para a divisão da substância ilícita, assim como para a manutenção do padrão econômico ostentado pelos acusados (f. 20/21).

Inquiridos, Reinaldo e Vanilce negaram a autoria delituosa, e, coincidentemente, também não ofereceram explicações a respeito dos "*pedaços de plásticos cortados na forma usada para embalar drogas e que eram idênticos as embalagens da cocaína apreendida em sua casa*" (f. 22/25), limitando-se a dizer que os desconheciam no local.

Assim, pelo que se extrai do teor das declarações dos acusados e do menor infrator, nenhum dos membros da família pôde esclarecer a existência de petrechos básicos para a divisão da droga em porções prontas para a venda, os quais, segundo tal raciocínio, devem ter surgido no local por "geração espontânea" ou obra de forças misteriosas.

Quanto à movimentação financeira do casal, ambos afirmaram viverem da renda dos aluguéis de quitinetes pertencentes à genitora de Reinaldo.

Ocorre que, já na fase inquisitiva, vislumbrou-se que o valor declarado como renda pelos acusados, a saber, R$ 2.000,00 (dois mil reais), mostrava-se claramente insuficiente à manutenção não apenas da própria residência, como dos veículos por eles adquiridos. Basta a simples leitura dos depoimentos coligidos às f. 85/86, 88/89 e 208/213.

Em juízo, os acusados novamente negaram a autoria delituosa, todavia, as versões apresentadas não resistiram aos depoimentos firmes e coerentes das testemunhas policiais (f. 623).

Deveras, embora Vanilce tenha sustentado que as drogas apreendidas seriam destinadas ao consumo pessoal de sua esposa e filho, tal versão não convence. Aliás, a própria diversidade de drogas e a forma como localizadas afastam a tese tão ardentemente sustentada pela defesa.

Há de se consignar que o montante de cocaína localizado na residência foi de 73 g (setenta e três gramas), enquanto o de maconha foi o de 20 g (vinte gramas), quantidades obviamente muito superiores àquelas costumeiramente encontradas em poder de meros usuários.

Por outro lado, acerca dos rendimentos do casal, Vanilce resolveu por bem alterar suas declarações, afirmando que ambos exerciam atividade autônoma. Ocorre que a acusada não conseguiu oferecer explicação para o alto padrão de vida sustentado por ambos, quando o rendimento conjunto declarado em audiência era de apenas cerca de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), assim como para a contrariedade da prova documental relacionada aos bens móveis e imóveis e as próprias declarações (f. 623).

No mesmo sentido, os termos do interrogatório do acusado Reinaldo, que, apesar de todo o esforço, não conseguiu explicar habilmente a movimentação financeira do casal, tampouco a quantidade de droga existente na residência e supostamente destinada ao seu consumo pessoal.

Finalmente, procedida a oitiva dos policiais civis, os mesmos ratificaram todo o teor de suas declarações anteriores (f. 623).

A confirmar a responsabilidade dos acusados pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, a bem lançada sentença condenatória (f. 722/725):

> *"Com efeito, inquirido em juízo, sob o crivo do contraditório, Ronicleiton Matoso da Silva esclareceu que já estavam recebendo informações sobre a traficância desenvolvida pelos réus havia considerável lapso temporal. Apuraram que, na realidade, ambos atuavam dolosamente na mercancia e, para tanto, ainda contavam com o auxilio do filho, I. R. Monitoraram o local antes do cumprimento do mandado de busca e apreensão e visualizaram considerável fluxo de pessoas na residência, usuários de drogas, os quais inclusive as consumiam lá mesmo, nos fundos do imóvel, onde havia até mesmo uma mesa de sinuca e video-game para entretenimento de clientes. Acrescentou que durante a busca encontraram, além de entorpecentes, balança de precisão, pedaços de plásticos cortados em tiras, sabidamente utilizados para a confecção de papelotes, bem como grande quantidade de bicarbonato de sódio, o qual, misturado à droga, lhe proporciona mais volume, peso e, por conseguinte, maior rentabilidade ao fornecedor (fl. 623).*
>
> *No mesmo diapasão verificou-se o depoimento de Willyan Cardoso Mattos na fase judicial (fl. 623).*
>
> *(...)*
>
> *Acresça-se que no imóvel, consoante salientado alhures, havia balança de precisão, pedaços de plásticos cortados em tiras, sabidamente utilizados para a confecção de papelotes, bem como grande quantidade de bicarbonato de sódio, o qual, misturado à droga, lhe proporciona mais volume, peso e, por conseguinte, maior rentabilidade ao fornecedor, bem como 02 (dois) aparelhos de televisão, 01 (um) notebook Toshiba; R$ 1.112,00 (um mil, cento e doze reais) em dinheiro, além de diversas jóias, como sói acontecer em pontos desse jaez, aos quais comparecem usuários em busca de drogas, dando em pagamento dinheiro ou objetos próprios ou de terceiros.*
>
> *De outro lado, é de se ver que a quantidade de substâncias entorpecentes apreendida nem se coaduna à alegação de consumo próprio, notadamente considerando que Reinaldo, submetido a perícia, revelou-se plenamente imputável, com dependência em grau meramente leve (fls. 643/656).*
>
> *Aliás, conforme esclareceu Ronicleiton em audiência, a quantidade de cocaína apreendida ensejaria mais de trezentas (300) porções, enfim, desnecessariamente armazenada no local não fosse a intenção de comercializá-la, mesmo porque o acusado não se afigura suscetível à compulsão, tampouco experimentava dependência tão intensa.*

> *Saliente-se que para a caracterização de tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de o infrator não ter sido colhido pelos policiais no próprio ato da venda da mercadoria proibida, bastando, como na espécie, que mantenha consigo a substância, para fins de traficância, sendo inexigível a traditio."*

Ademais, conveniente relembrar que "*por se tratar de crime de ação múltipla e conteúdo variado, para a configuração do tráfico de drogas, não se faz necessário que o agente seja surpreendido praticando atos de mercancia, basta a flexão de apenas um dos verbos ou núcleos que exprima as diversas condutas puníveis, o que, no caso, restou caracterizado o núcleo*" [3].

Assim, embora os acusados não tenham sido flagrados realizando a venda de drogas a terceiros, tal condição não é suficiente a afastar a responsabilidade delitiva dos mesmos.

Não bastasse, é certo que a *"a condição de usuário não excluiu a de traficante, pois são circunstâncias perfeitamente conciliáveis"* [4], mormente *in casu*, quando se verifica que a quantidade de drogas apreendidas e sua diversidade, além de vários petrechos para subdivisão daquelas, não se prestariam ao simples consumo pessoal de Reinaldo.

Neste sentido, julga-se prejudicado o pleito de desclassificação da conduta típica para o delito do art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), da Lei n.º 11.343/06.

De outra banda, é certo que o material probatório demonstra claramente que há considerável lapso temporal os acusados vinham dedicando-se à prática conjunta da mercancia, tanto que puderam adquirir uma série de bens de alto valor econômico.

Note-se que não se está a tratar de um mero concurso de agentes, mas de verdadeira organização de tarefas entre os acusados, os quais contavam, inclusive, com a ajuda do filho adolescente para consecução da mercancia.

Destarte, "*constatado de forma indubitável a incidência do liame subjetivo, da conjugação de vontades e do* animus *associativo permanente e estável para o exercício da traficância impõe-se a manutenção da condenação pelo delito descrito no art. 35 da Lei antidrogas*" [5].

Quanto à ocorrência do crime contra o sistema financeiro, o *decisum* assim discorreu (f. 731/733):

> *"Durante a diligência policial houve a apreensão de R$ 1.112,00 (um mil, cento e doze reais) em dinheiro, provenientes do tráfico de drogas exercido no local, cuja origem ilícita era ocultada.*
>
> *Além disso, consta que haviam adquirido um imóvel com o dinheiro do tráfico de drogas e o transformaram em ativo lícito. Trata-se do imóvel localizado no Conjunto Residencial Santa Ana, lote 01, quadra nove, onde residem, inscrito na matrícula nº 27500 do Cartório de Registro de Imóveis de Dourados, pelo valor de R$ 140.000,00, muito embora tenham informado que se tratava de casa alugada, visando, com isso, ocultar a real propriedade do bem.*
>
> *Efetuaram o pagamento da maior parte do valor da casa, cerca de R$ 131.000,00, mas tiveram a transferência do registro obstada pela ausência do pagamento da última parcela, que somente não se concretizou em razão da ação policial.*

3 TJGO, Ap 0083464-47.2013.8.09.0160, 2ª Câm. Crim., rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa, DJ 07/04/2014, p. 267.
4 TJRO, Ap 0008122-14.2013.8.22.0501, rel.ª Des.ª Marialva Henriques Daldegan, j. 26/03/2014, DJ 02/04/2014, p. 101
5 TJMT, Ap 127995/2013, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Gilberto Giraldelli, j. 02/04/2014, DJ 11/04/2014, p. 109.

Do mesmo modo, adotaram providência para comprar o veículo Mitsubishi L200 Triton, placas NLB-5350, pela quantia de R$ 78.000,00, utilizando como forma de entrada o veículo GM S-10, placas DIL-3979, de propriedade de Vanilce, também adquirido com o produto do tráfico.

Consta, igualmente, que realizavam contínua movimentação para ocultar ou dissimular a origem de altas somas de dinheiro de origem ilícita, além de transformá-las em ativos lícitos, por meio de operações financeiras.

Questionados, negaram o cometimento do delito, contudo, é de se ver que também argumentaram possuir à época rendimento mensal correspondente a R$ 5.000,00 ou R$ 6.000,00 (fl. 623), isto é, nitidamente incompatível com a movimentação financeira que ostentavam e com o padrão de vida revelado. Tanto é que José Carlos Sisto, antigo proprietário do imóvel dantes citado, confirmou tê-lo alienado pelo valor de R$ 140.000,00, tendo então recebido dos acusados, de uma só vez, a importância de R$ 131.000,00, enfim, incompatível com a renda que alegadamente auferiam licitamente.

Aliás, da importância por último citada, os réus, conforme esclareceu a testemunha, entregaram R$ 103.000,00 em espécie.

(...)

A confirmar o entendimento aqui esposado se afigura o fato de o próprio cunhado de Reinaldo, Alexandre Dornelles (fl. 623), argumentar em juízo que o casal à época passava por dificuldades financeiras, deixando escapar, portanto, que nem saberia explicar como, então, teria conseguido comprar o imóvel antes citado, entregando inclusive em espécie, à vista, a soma de R$ 103.000,00.

Quem passa pelas dificuldades financeiras alegadas ou possui renda mensal correspondente a, no máximo, R$ 6.000,00, não conseguiria concretizar aquisição tão valiosa e nas circunstâncias já mencionadas. Muito menos comprar, além disso, um veículo Mitsubishi L200 Triton, pelo valor de R$78.000,00.

É certo que, para tanto, teria sido entregue o veículo S-10, pertencente a Vanilce, todavia, é de se ver que o vendedor, Rinaldo da Silveira, ao ser ouvido em juízo (fl. 623), ressaltou que R$ 40.000,00 seriam pagos em espécie.

Sustentam, é certo, que tudo seria quitado através de financiamentos bancários, entretanto, essa possibilidade sequer coaduna-se ao rendimento mensal declarado pelos réus, em torno de R$ 6.000,00, notadamente considerando que as parcelas de todos esses financiamentos esgotaria, ou excederia, o patamar acima citado.

(...)

Note-se que somente no mês de julho de 2012 foi realizada na citada conta depósito (fl. 364) de R$77.000,00 (setenta e sete mil reais), incompatível com quem, segundo o cunhado, passava por dificuldades financeiras e possuía renda mensal de apenas R$ 6.000,00. Questionado sobre isso, o acusado não conseguiu apresentar qualquer explicação plausível ou consistente (fl. 623).

Da análise de seu extrato bancário (fls. 308/387) emerge, ainda, a existência de vários depósitos de outras quantias, não superiores a R$ 3.000,00, igualmente não esclarecidos ou explicados consistentemente, aliando-se a isso a importância em dinheiro apreendida no interior da residência, R$ 1.112,00. Argumentou-se, quanto a esta última,

> *que derivaria do aluguel de imóveis pertencentes à mãe de Reinaldo, mas é de se ver, consoante esclareceram em audiência Ronicleiton Matoso e Willyan Mattos, que estava fracionada e distribuída por vários cômodos do imóvel, realçando, na verdade, derivarem de fontes distintas, alusivas, nesse panorama, à traficância em tela."*

Malgrado os argumentos expendidos, a condenação deve ser revista no ponto.

Com efeito, não resta dúvida de que os acusados movimentavam altas quantias em dinheiro, todavia, tal circunstância, por si só, não é suficiente a comprovação do delito de lavagem de capitais.

Segundo se extrai da prova, não se verifica o nítido desejo dos acusados de "branquear" os valores ilícitos oriundos do tráfico de drogas, tanto que o imóvel a que o julgador faz referência como de propriedade dos acusados foi adquirido em nome da própria ré Vanilce (f. 210/213).

Ora, acaso os acusados pretendessem mesmo ocultar tais valores e bens, por certo não os teriam adquirido em nome próprio.

Por outro lado, os extratos bancários referentes às movimentações financeiras do acusado Reinaldo apenas indicam as altas quantias em dinheiro, todavia, em nenhum momento foi juntado ao feito o destino para tais valores e a forma como os mesmos foram efetivamente transformados em ativos lícitos.

Na verdade, o que se extrai do caderno processual é apenas o aproveitamento do lucro financeiro pelo comércio de drogas.

É certo que a aquisição de bens com proventos do tráfico de drogas deve redundar em seu perdimento (art. 60 e seguintes da Lei n.º 11.343/06), todavia, não se confunde com a lavagem de capitais, a qual *"exige que o agente dissimule (oculte) a origem, localização, disposição ou propriedade de bens, adquiridos por dinheiro ilícito"* [6].

A este respeito, a jurisprudência:

> *"(...) O crime de lavagem de dinheiro é definido como "conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (...), dissimulação (...), e integração (...) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando a origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da justiça". 4. Ante à insuficiência de provas da aquisição de uma camioneta "hilux" por suposto "laranja" e a não constatação das fases que compõem o delito de lavagem de dinheiro (ocultação, dissimulação e integração), no que concerne à compra de carros, motos e jóias, mas apenas o proveito econômico do produto do crime antecedente, não há que se falar na prática do crime do art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98. (precedente do STJ). 5. Improcedência da pretensão acusatória deduzida na denúncia para absolver os réus, com suporte no art. 386, III e VII, do código de processo penal".* [7]

Finalmente, rejeita-se o pleito de restituição dos bens apreendidos, pois *"é ônus da defesa a demonstração da origem lícita dos bens apreendidos. Caso não comprovada, deve persistir o perdimento decretado"* [8].

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso manejado por Reinaldo Benitez Ortiz e Vanilce Santos de Almeida, apenas para, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolvê-los da prática do crime do art. 1º, § 1º, I e II (lavagem de dinheiro), da Lei n.º 3.613/98.

6 TJSC, Ap 2012.020386-1, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 08/08/2012, DJ 14/08/2012, p. 316.

7 TRF 1ª Região, Ap 0029571-07.2007.4.01.0000, 2ª Seção, rel. Juiz Fed. Conv. Renato Martins Prates, DJ 30/01/2015, p. 18.

8 TJMS, Ap 0046950-40.2012.8.12.0001, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJ 08/04/2014.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Reinaldo Benitez Ortiz e Valnice Santos de Almeida contra sentença que os condenou pela prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e lavagem de dinheiro.

Pugnam preliminarmente pela nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, Vanilce pede sua absolvição por insuficiência de provas em relação a todos os delitos enquanto Reinaldo pede a absolvição das imputações pelos crimes de associação para o tráfico e lavagem de capitais e desclassificação do crime de tráfico de drogas para posse de entorpecentes para uso próprio. Por fim, pedem a restituição dos bens apreendidos.

O e. Relator negou provimento a ambos os recursos.

Acompanho o Relator para afastar as preliminares, mas divirjo para dar parcial provimento ao recurso de Reinaldo Benitez Ortiz, a fim de absolvê-lo da imputação pelo crime de associação para o tráfico, por insuficiência de provas, e dar provimento total ao recurso de Valnice Santos de Almeida, a fim de absolvê-la de todas as imputações, também por insuficiência de provas, mas determinando a restituição apenas das joias apreendidas e da camionete GM/S-10.

Os acusados foram denunciados porque no dia 11 de janeiro de 2013 ao ser dado cumprimento a mandado de busca e apreensão em sua residência foi encontrado em depósito para venda 8 porções de cocaína totalizando 73 gramas e 1 porção de maconha pesando 20 gramas, esta última na posse do filho adolescente do casal. Foram acusados também de associar-se para o tráfico de drogas e de ocultar e dissimular a origem, localização, disposição, movimentação e a propriedade de valores e bens provenientes diretamente do tráfico de drogas.

Há no caderno processual provas robustas quanto à prática dos delitos de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro em relação à Reinaldo.

Na residência além da droga foram encontradas 20 sacolas plásticas recortadas para embalar droga, balança de precisão e bicarbonato de sódio que normalmente é utilizado para mistura ao entorpecente.

Chamo a atenção para a confissão judicial de Reinaldo, como bem apontado na sentença ao afirmar no seu depoimento, gravado em áudio juntado à p. 623, 5'52m, que "*minha esposa nunca me auxiliou em nada. Eu vendia sozinho"*, embora em seguida tenha se contradito negando a mercancia.

Assim como no depoimento dos policiais gravados também em áudio (p. 623) consta com certeza o conhecimento do exercício de tráfico em relação ao réu.

Além disso, a grande movimentação de valores em sua conta corrente sem explicação de origem lícita (p. 310-387), a assunção do valor de prestação de R$ 3.911,73 relativo a empréstimo bancário de R$ 50.000 realizado em 29.6.2012 (p. 801), a compra de uma residência com pagamento em espécie em valor superior a cem mil reais, totalizando ao final R$ 131.000,00, conforme depoimento do vendedor (p. 623), com débito de R$ 9.000,00 em razão de sua prisão, incompatíveis com as rendas que alegou possuir, bem como com o depoimento de seu próprio cunhado (p. 623), que afirmou que o mesmo passava até por dificuldades financeiras devido à dependência química.

Devo também registrar que ao compulsar os autos constatei que no laudo pericial relativo aos celulares apreendidos na residência (p. 545-556), às p. 553 e 554 há nítida conversa sobre produto ilícito e entrega do mesmo.

Não é possível nem mesmo cogitar a desclassificação da imputação para a posse de drogas para o uso próprio porque o laudo pericial constatou ser o réu dependente químico em grau leve sendo plenamente imputável (p. 643-656).

Assim, plenamente comprovado os crimes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro em relação à Reinaldo.

Por outro lado, não vislumbro a possibilidade de manter a condenação pelo crime de associação para o tráfico, o qual tem como elemento subjetivo do delito o dolo específico, com especial fim de agir, mantendo uma meta comum que deve ser a associação duradoura e permanente entre os envolvidos, que não foi demonstrado no caso concreto, até porque, não há provas suficientes para a condenação da outra acusada, Vanilce Santos de Almeida, pelo crime de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.

A quebra de sigilo bancário da apelante Vanilce (p. 297-306) não demonstrou movimentação financeira desproporcional à profissão de cabeleireira que alega exercer, a qual foi confirmada pelo filho casal (p. 623).

O veículo GM/S-10 que se encontrava registrado no DETRAN em seu nome teve comprovada a aquisição por meio de financiamento (p. 443).

O policial militar Willyan Cardoso Mattos em seu depoimento judicial afirmou que não tinha nenhuma informação sobre o exercício de tráfico pela recorrente, esposa do réu Reinaldo, mas apenas por este (p. 623).

O próprio réu Reinaldo, conforme acima lançado, afirmou que sua esposa nunca a auxiliou nas vendas (áudio juntado à p. 623, 5’52m).

Assim, quanto à recorrente Valnice, não há provas suficientes acerca do cometimento dos delitos, o que é suficiente para a absolvição, em obséquio ao brocardo *in dubio pro reo*.

Ressalto que a distribuição do ônus da prova, compreendido nos limites da presunção de inocência, impunha ao órgão ministerial a demonstração dos fatos afirmados na denúncia, o que não ocorreu em relação à Valnice.

Quanto ao pedido de restituição dos bens apreendidos, assiste razão parcial aos recorrentes, já que comprovaram a origem lícita das joias, oriundas de família, mais especificamente da mãe do recorrente, Sra. Eunice Benites Ortiz, conforme fotografias de p. 492-500 em comparação com as de p. 501-528, tendo presenteado os familiares com as mesmas e comprovado que possui renda e patrimônio lícito compatíveis para a aquisição das mesmas (p. 127-201), as quais poderão ser restituídas à recorrente Valnice Santos de Almeida, bem como do veículo GM/S-10, que foi financiado em nome desta, a qual suporta as consequências financeiras do mesmo.

Em relação aos demais bens e valores não há como restituí-los, por ausência de comprovação lícita para a sua aquisição e manutenção parcial da condenação do corréu Reinaldo Benitez Ortiz.

Diante do exposto, divirjo do e. relator para:

a) dar parcial provimento ao recurso de Reinaldo Benitez Ortiz a fim de absolvê-lo da imputação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, da Lei n. 11.343/2006), por insuficiência de provas;

b) dar provimento ao recurso de Vanilce Santos de Almeida, a fim de absolvê-la das imputações pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/2006), associação para o tráfico (art. 35, da Lei

n. 11.343/2006) e lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, § 1º, incisos I e II da Lei n. 9.613/98), bem como determinar que lhes sejam restituídas as joias apreendidas nos autos e o veículo GM/S-10, Placa DIL 3979, caso não tenha sido ainda apreendido por ação no âmbito cível para a financiadora.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram em parte os recursos, nos termos do voto do relator, vencido em parte o revisor, que provia parcialmente em maior extensão. Decisões em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 08 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0006560-08.2011.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO – CERTIDÃO DE NASCIMENTO – ACUSADA DE NACIONALIDADE ESTRANGEIRA – UTILIZAÇÃO PARA TENTATIVA DE EMISSÃO DE CÉDULA DE IDENTIDADE NACIONAL – CONSCIÊNCIA DO ILÍCITO – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL – ATENUANTE DO ART. 65, I, DO CÓDIGO PENAL – INAPLICÁVEL – PENA PECUNIÁRIA – INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REDUÇÃO – PARCIAL PROVIMENTO.

Sendo a acusada paraguaia e portando documentos pessoais daquele país, absolutamente inviável a alegação de que não tinha conhecimento da falsidade da certidão de nascimento que lhe atribuía a nacionalidade brasileira, ainda que analfabeta.

Para a incidência da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, é indispensável que o agente tenha 70 (setenta) anos à época dos fatos, sendo irrelevante ter completado esta idade posteriormente.

Inexistindo indícios de que a acusada tenha recursos financeiros e sendo os elementos judiciais francamente neutros é de se reduzir a pena pecuniária ao mínimo legal, principalmente se a sentença não fundamentou a exasperação.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, ante a necessidade de readequação *in concreto* da reprimenda.

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 em parte o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 18 de maio de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Carmem Eligia Alvarenga Escobar contra a sentença (f. 99/103) que a condenou a 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 304 c/c art. 297 (uso de documento público falso), ambos do Código Penal.

Sustenta que deve ser absolvida, por ausência de dolo (atipicidade da conduta). Subsidiariamente, pugna pela redução da pena em 1/10 (um décimo), pela incidência da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, e diminuição da pena pecuniária em 1/3 (um terço) (f. 108/110).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 113/126).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 134/140).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Carmem Eligia Alvarenga Escobar contra a sentença (f. 99/103) que a condenou a 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 304 c/c art. 297 (uso de documento público falso), ambos do Código Penal.

Consta na denúncia que, aos 02 de setembro de 2011, por volta de 13h30min, no Instituto de Identificação Gonçalo Pereira, então situado na Rua Antônio João, n.º 954, Centro, em Ponta Porã, a acusada foi surpreendida fazendo uso de documento público falso.

Na ocasião, Carmem compareceu ao Posto de Identificação para obter a primeira via da cédula de identidade (RG), apresentando uma certidão de nascimento em seu nome, lavrada em Eldorado (MS).

O funcionário do posto de identificação entrou em contato com o Oficial do Cartório de Registro de Pessoas de Eldorado (MS), que asseverou que o documento só poderia ser falso, porquanto aquele Tabelionado contava apenas com livros de registros n.º 01 e 02, enquanto a certidão teria sido registrada no livro n.º 03.

Devidamente processada, restou a acusada condenada, com a pena privativa de liberdade substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, sendo uma prestação de serviços à comunidade, e a outra de prestação pecuniária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Inicialmente, sustenta que deve ser absolvida, por ausência de dolo. Argumenta ser analfabeta e não ter conhecimento suficiente para saber se a certidão de nascimento seria verdadeira ou falsa.

Autoria a materialidade delitiva são incontroversos, eis que o documento apresentado no Instituto de Identificação de Ponta Porã era, confessadamente, falso.

Resta apenas saber se Carmem tinha conhecimento da falsidade documental.

Pelas provas dos autos, não há outra conclusão possível senão a do juízo *a quo*.

Importante notar que a acusada tinha documento de identidade da República do Paraguai (f. 16), atestando seu nascimento em Pedro Juan Caballero (PY). Este documento fora expedido aos 05 de janeiro de 2011, ou seja, poucos meses antes de a acusada procurar o Instituto de Identificação no lado brasileiro da fronteira, afirmando-se natural de Naviraí (MS) (f. 25/26) e portando certidão de nascimento falsa (f. 27).

Neste contexto, ainda que a acusada alegue ser analfabeta, não há como acolher a alegação de que não tivesse conhecimento que se tratava de documento falso.

Em seu interrogatório Carmem reconhece ser cidadã paraguaia e que tem filhos brasileiros (arquivo audiovisual – f. 93/97). Não é necessária alfabetização para que soubesse que não poderia adquirir a nacionalidade brasileira simplesmente indo até o Instituto de Identificação.

Este elemento fica evidente com as declarações de Nivaldo Mattoso Lemes que, após entrar em contato com o Cartório de Registro Civil, confrontou a acusada, que confessou ser paraguaia e apresentou documento de identificação daquele país (arquivo audiovisual – f. 93/97).

Infelizmente, condutas semelhantes são praticadas cotidianamente nas cidades fronteiriças, sendo relativamente comum encontrar relatos de pessoas que possuem documentos de identificação brasileiro e paraguaio, como se isso fosse algum sinal de esperteza.

Ocorre que o fato de várias pessoas insistirem em tal ilegalidade não torna lícita a conduta da acusada, que possivelmente pretendia usufruir algum benefício assistencial e/ou previdenciário em território nacional.

A jurisprudência é pacífica quanto à condenação em casos similares:

> *"CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA – USO DE DOCUMENTOS FALSOS – CARTEIRA DE IDENTIDADE, TÍTULO DE ELEITOR, RESERVISTA E CERTIDÃO DE NASCIMENTO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – IRRESIGNAÇÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO FULCRADO NA ATIPICIDADE DO FATO CRIMINOSO – ALEGAÇÃO DE QUE NÃO AGIU COM MALDADE E QUE NÃO FAZIA IDEIA DO MAL QUE ESTAVA FAZENDO – REJEIÇÃO – DELITO QUE SE APERFEIÇOA PELO SIMPLES ATO DE UTILIZAR – RÉU QUE EXIBE CARTEIRA DE IDENTIDADE FALSA A AUTORIDADE POLICIAL – DELITO CONFIGURADO – MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTÁVEIS – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. O delito de uso de documento falso tem por tipo objetivo o núcleo 'usar', 'utilizar' o documento material ou ideologicamente falso, como se fosse autêntico ou verídico, exigindo-se que o documento falso seja empregado em sua específica destinação probatória.*
>
> *2. Configurando crime contra a fé pública, busca-se proteger a veracidade dos documentos, símbolos e sinais que são empregados pelo homem em suas relações em sociedade."* [1]
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – Uso de documento falso (art. 304 c/c 297, ambos do CP) – Tipicidade da conduta perpetrada – Apresentação de certidão de nascimento falsa para obtenção de carteira de identidade no instituto de identificação do Paraná – Escorreita condenação.*
>
> *- Pretenso reconhecimento da desistência voluntária. Inadmissibilidade. Delito que não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do réu. Dosimetria da pena. Extirpação da condenação das circunstâncias desfavoráveis (motivos e circunstâncias do crime). Fixação da pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido."* [2]

Assim sendo, inviável o acolhimento da pretensão absolutória.

Carmem pugna pela incidência da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, entretanto, sem qualquer chance de êxito.

O Código Penal estabelece:

> *"Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
>
> *I - **ser o agente** menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou **maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença**;"* (Destaques não originais)

1 TJPB, Ap 0057583-40.2012.815.2002, Câm. Esp. Crim., Rel. Des. Carlos Martins Beltrão Filho, DJ 17/02/2014.

2 TJPR, Ap 1104486-9, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Lidio José Rotoli de Macedo, DJ 14/02/2014.

Conforme documento de f. 16, a acusada nasceu aos 13 de setembro de 1943, portanto contava com 69 (sessenta e nove) anos à época da sentença condenatória (26 de abril de 2013), não fazendo jus à benesse pleiteada.

Por fim, o pleito de diminuição da pena pecuniária deve prosperar.

Desde o início das investigações a acusada foi qualificada como sendo dona de casa. Não há qualquer elemento de convencimento de que a mesma tenha alguma fonte de renda substancial.

Neste cenário, inviável que o juízo *a quo* estabeleça pena pecuniária de R$ 2.000,00 (dois mil reais) sem qualquer fundamentação.

Assim sendo, atento aos limites do art. 45, § 1º, do Código Penal, a pena pecuniária deve ser reduzida ao valor de 01 (um) salário mínimo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Carmem Eligia Alvarenga Escobar, para reduzir o *quantum* da pena pecuniária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 18 de maio de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0012918-72.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – CONDUTA ATÍPICA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – DIRIGIR EMBRIAGADO – PROVA TÉCNICA ATRAVÉS DO ETILÔMETRO E CONFISSÃO – FALTA DE AFERIÇÃO DO APARELHO UTILIZADO – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – PERIGO DE DANO CONCRETO – DEMONSTRAÇÃO DISPENSÁVEL – PENA-BASE – CONDUTA SOCIAL DESVIRTUADA – INCURSÕES PENAIS PRETÉRITAS – EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA – RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – AGRAVANTE DO ART. 298, I, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – INCIDÊNCIA DEVIDA – SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico, conduzindo à absolvição do agente pela prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade.

À demonstração da elementar quantitativa prevista no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, prescinde-se de exame de sangue, na medida em que o teste do etilômetro mostra-se apto a comprovar que o acusado conduzia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 dg (seis decigramas).

A alegação de falta de aferição aparelho etilômetro pelo INMETRO não é suficiente para se acolher a pretendida absolvição pelo crime de embriaguez ao volante, por ausência de materialidade, ante a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado.

É dispensável a comprovação de perigo de dano concreto à caracterização do crime de embriaguez ao volante.

A existência de incursões penais pretéritas permite a valoração desfavorável da circunstância judicial da conduta social, autorizando exasperação da pena-base.

Deve ser reconhecida a confissão espontânea em favor do acusado que admitiu a prática delitiva, mais ainda quando valorada com as outras provas para condenação. Aplicada a atenuante, opera-se a compensação da mesma com a reincidência.

Demonstrado que o agente dirigia de forma a expor a incolumidade pública a perigo impõe-se a aplicação da agravante do art. 298, I, do Código de Trânsito Brasileiro.

Não há falar em substituição da pena se não preenchidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para absolver o réu da prática do crime de desobediência e redimensionar a pena imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido em parte , o 1º vogal que provia parcialmente em maior extensão e o 2º vogal que provia parcialmente em menor extensão.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Andre Fernandes Soria contra a sentença (f. 104/114) que o condenou a 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, além de suspensão ou proibição do direito de dirigir veículo automotor por igual período, ante a prática do delito do art. 306 (embriaguez ao volante) da Lei n.º 9.503/97, bem como a 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, por infringir o crime do art. 330 (desobediência) do Código Penal.

Requer a absolvição do delito de desobediência (art. 330, do Código Penal).

Quanto ao delito de embriaguez ao volante, aduz que a prova a ser realizada pelo exame de sangue não pode ser suprida através de etilômetro.

Aventa, ainda, que "*a utilização de equipamentos antigos, não revisados e ainda sem o selo de atestado do INMETRO, não podem ser utilizados como meio de prova para comprovar a materialidade de um delito*."

Argumenta que à caracterização do delito é necessária a demonstração de perigo de dano concreto, o que não ocorreu no caso dos autos.

Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da agravante do art. 298, I, do Código de Trânsito Brasileiro; redução da pena-base ao mínimo legal; reconhecimento da confissão espontânea, bem como sua preponderância em relação à reincidência; abrandamento da pena de suspensão/proibição do direito de dirigir veículo automotor e, por fim, substituição da reprimenda.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 143/154).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 159/175).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Andre Fernandes Soria contra a sentença (f. 104/114) que o condenou a 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, além de suspensão ou proibição do direito de dirigir veículo automotor por igual período, pela prática do delito

do art. 306 (embriaguez ao volante) da Lei n.º 9.503/97, bem como a 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do crime do art. 330 (desobediência), do Código Penal.

Consta que, aos 12 de fevereiro de 2013, por volta das 17h15min, na Rua Francisco Bucker, Jardim Campo Nobre, em Campo Grande, o acusado conduziu o veículo Gol, cor branca, placas HRU 3826, sob a influência de álcool e gerando perigo de dano, pois trafegava em alta velocidade e realizava manobras perigosas, tanto que em dado momento quase atropelou uma criança.

A Polícia Militar foi acionada e, em diligências, localizou André conduzindo outro veículo, ocasião em que foi dada ordem de parada pelos policiais, a qual foi desobedecida.

O acusado foi alcançado no cruzamento da Rua Araraquara com a Rua Barão Tefé, sendo conduzido à Delegacia de Polícia. Submetido ao teste de alcoolemia auferiu-se o resultado de 0,51 mg/l (cinquenta e um miligramas de álcool por litro de ar expelido) dos pulmões.

Processado e condenado, pugna pela absolvição do delito de desobediência.

Tenho que assiste razão à defesa.

Com efeito, o desrespeito a ordem de parada não constitui crime, vez que tal infração encontra-se consagrada no art. 195, da Lei n.º 9.503/97, sendo, portanto, de natureza administrativa.

Dessarte, em homenagem ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal, bem como por ser o mesmo a *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais, imperiosa a absolvição de André.

Idêntico posicionamento sufraga o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> *"Desobediência. Não acatamento à ordem de parada emanada por policial. Fuga a fim de evitar prisão em flagrante e preservar o status libertatis. Absolvição que se impõe, de ofício."* [1]
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E DESOBEDIÊNCIA – RECURSOS DE DEFESA – PLEITEADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.*
>
> *Apelantes que ficaram presos durante toda a instrução. Contexto inalterado. Preliminar repelida. Tráfico de drogas. Insuficiência de provas aventada pelo réu alan. Alegação de que não sabia da existência das drogas que o corréu trazia consigo. Narrativa contrariada pelos policiais que acompanharam a motocicleta dos réus. Agentes públicos que presenciaram alan dispensar meio quilo de cocaína enquanto a dupla se furtava à abordagem policial. Delito caracterizado. Condenação mantida.* ***Desobediência. Pleito absolutório deduzido pelo réu valcir. Não atendimento, de plano, da ordem de parada. Conduta adotada com a finalidade de evitar a prisão em flagrante. Conduta atípica. Absolvição que se impõe.*** *Dosimetria. Pretendida a redução das penas do réu valcir em decorrência das atenuantes reconhecidas na sentença. Impossibilidade de diminuição abaixo do mínimo legal. Exegese da Súmula nº 231 do STJ. Reprimenda conservada. Substituição da pena privativa de liberdade. Natureza e quantidade de drogas que impedem a imposição de sanções alternativas. Dicção do art.44, III, do CP. "* [2] *(Destaques não originais)*

Quanto ao delito de embriaguez ao volante, aduz que a prova a ser realizada pelo exame de sangue não pode ser suprida através de etilômetro.

1 Ap 2013.019062-2, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 28/05/2013.

2 Ap 2013.004297-4, 3ª Câm. Crim., rel. Des. José Antônio Torres Marques, j. 19/02/2013.

O teste de alcoolemia através do mencionado aparelho constatou concentração de álcool de 0,51 mg/l (cinquenta e um miligramas de álcool por litro de ar expelido) (f. 34), cuja conversão para concentração de álcool por litro de sangue resulta superior aos 06 dg (seis decigramas), estabelecidos no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Entretanto, não há falar que somente o exame de sangue é prova apta a demonstrar a elementar quantitativa de 06 dg (seis decigramas) erigida no art. 306, da Lei n.º 9.503/97, com redação dada pela Lei n.º 11.705/08.

A interpretação à referida disposição legal deve ser feita à luz de outros dispositivos do mesmo diploma, quais sejam os artigos 165, parágrafo único, e 277, que possuem as seguintes redações:

> *"Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:*
>
> *Infração - gravíssima;*
>
> *Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses."*
>
> *"**Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.**"* (Destaques não originais)

Na interpretação de tais dispositivos já se posicionou a jurisprudência:

> *"Havendo a confissão e realizado o teste de bafômetro, com resultado acima do legalmente permitido, a condenação pela prática do crime de embriaguez ao volante é medida imperativa."* [3]
>
> *"Na hipótese dos autos, devidamente comprovada a autoria e a materialidade do delito de embriaguez ao volante, uma vez constatada a concentração de álcool por litro de AR expelido dos pulmões do réu superior à permitida em Lei, resta configurado o crime do art. 306 do CTB."* [4]

No mesmo sentido colhem-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> *"O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário.*
>
> *Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC* (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).
>
> *Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3 TJSC, Ap 2011.038251-1, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 15/05/2012, DJ 31/05/2012.

4 TJDFT, Ap 2013.08.1.004401-7, 3ª T. Crim., Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJ 31/07/2013.

Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Nacional, configura-se o crime de embriaguez ao volante se o motorista "Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência". O Decreto n.º 6.448/08 expõe que, para fins criminais de que trata o referido artigo, o teste de etilômetro é equivalente ao exame de sangue quando a concentração de álcool for "igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões"

Na hipótese dos autos, o Paciente foi submetido ao teste de etilômetro, tendo sido verificada concentração alcoólica de 0,53 mg/L, superior à que a lei proíbe. Impossibilidade de reconhecimento de falta de justa causa para a persecução penal.

> *"O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta."* (STJ, HC 140.074/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 14/12/2009.)
>
> *Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.*
>
> *Habeas corpus não conhecido."* [5]
>
> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS – PROVA REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS.*
>
> *A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça decidiu que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de alcoolemia exigido pela lei para configurar o crime de embriaguez ao conduzir veículo automotor.*
>
> *Agravo regimental a que se nega provimento."* [6]

In casu, além do teste de etilômetro, a embriaguez restou constatada pela confissão do acusado, corroborada pelos depoimentos das testemunhas Anderson Alves da Silva e Lucas Eduardo Sabino (arquivos de áudio – f. 77/79).

Aventa, ainda, que "*a utilização de equipamentos antigos, não revisados e ainda sem o selo de atestado do inmetro, não podem ser utilizados como meio de prova para comprovar a materialidade de um delito*."

Malgrado o esforço defensivo, é certo que tal alegação não pode ser acolhida.

Deveras, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Embriaguez ao volante (artigo 306 do código de trânsito brasileiro) – Aferição por etilômetro – Disposições do CONTRAN – Desconformidade – Aferição e calibração – Institutos distintos – Ausência de documentação comprobatória – Necessidade de prova pré-constituída – Constrangimento ilegal não evidenciado.*
>
> *O teste de alcoolemia realizado no paciente não é suficiente para comprovar que o equipamento utilizado para medir a concentração de álcool no seu corpo não atenderia às disposições da resolução 206/2006 do CONTRAN, que determina a aferição anual do etilômetro pelo INMETRO.*

5 HC 191.390/RJ, 5ª T., rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. 07/02/2013.

6 AgRg-REsp 1308451/RS, 6ª T., rel.ª Des.ª conv. Alderita Ramos de Oliveira, j. 18/06/2013.

> *A calibração do etilômetro não se confunde com a sua aferição, razão pela qual a data constante do teste de alcoolemia não significa, por si só, inobservância à referida resolução."* [7]

Por outro lado, conveniente anotar o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de acordo com o qual, *"mera alegação de irregularidade no teste do etilômetro, porque não consta nos autos a informação da data da última verificação realizada pelo inmetro no aparelho, não pode ser acolhida sem prova cabal, sendo aplicável a presunção de legitimidade ínsita aos atos administrativos em geral, máxime quando há nos autos outros elementos de prova que demonstram a embriaguez"* [8].

Desta maneira, não há de se falar em ausência de prova quanto à materialidade.

De igual modo, refuta-se a tese defensiva de que haveria a necessidade de demonstração do potencial dano concreto.

Com efeito, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já sedimentou o entendimento de que o crime de embriaguez ao volante é de perigo abstrato e, portanto, dispensa a comprovação de risco concreto:

> *"Ao agente que conduz veículo automotor em estado de embriaguez impõe-se a condenação pelo crime do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, sendo absolutamente desnecessário comprovar a ocorrência de risco à segurança ou vida de terceiros."* [9]

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – DIRIGIR EMBRIAGADO – DESNECESSIDADE DE PROVA DO PERIGO DE DANO EM CONCRETO – CONDUTA TÍPICA QUE SE REALIZA COM A SIMPLES PREVISÃO DE DANO EM POTENCIAL – EXAME DE ALCOOLEMIA PROVANDO A EMBRIAGUEZ – DEPOIMENTO DE POLICIAL – CONDENAÇÃO MANTIDA.*
>
> *Para que se configure o delito previsto no art. 306 do CTB, não há a necessidade da demonstração do perigo de dano em concreto, sendo o bastante, para a realização da conduta ilícita, a simples previsão do dano em potencial, amplamente averiguado."* [10]

Pugna a defesa, também, pela fixação da pena-base no mínimo legal, porquanto o juízo *a quo* teria incidido em *bis in idem* ao considerar fatos inerentes ao próprio tipo penal.

Ocorre que, ao se proceder à fixação da reprimenda base, seguiu-se os ditames legais do artigo 59, do Código Penal, os quais nada mais são que "*critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base*" [11].

Desfavorece ao acusado somente a conduta social, conforme aplicação dada pelo julgador singelo.

A conduta social – embora a própria nomenclatura indique que não guarda relação com eventuais processos e inquéritos respondidos pelo acusado – frequentemente é empregada nestes termos. Contudo, refere-se ao *"comportamento do agente no seio social, familiar e profissional, sem se confundir com os antecedentes e a reincidência, os quais são os reservados para fatos ilícitos (criminosos)"* [12]

In casu, como bem destacado pelo julgador singelo, consta informações de envolvimento de André em delitos de ameaça, violência doméstica, furto, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo (f. 111), o que se mostra suficiente para valorar negativamente tal circunstância judicial.

7 HC 276.846, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 26/03/2014.
8 Rec 2011.01.1.228832-9, 3ª T. Crim., rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJ 19/03/2014, p. 332.
9 Ap 0102100-70.2009.8.12.0046, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJ 10/12/2012.
10 Ap 2009.005271-4, 1ª T. Crim., rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, j. 31/03/2009.
11 PRADO, Luiz Régis. *apud* Carvalho Neto, Inácio de. *Aplicação da pena*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.
12 SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória,* 7 ed., Salvador: *Jus Podivm*, 2012, p. 130

Neste diapasão, mantém-se a pena-base tal como fixada, mormente porque satisfaz tanto o caráter preventivo quanto o repressivo.

A atenuante da confissão, entretanto, deve ser reconhecida, pois restou valorada com as demais provas judiciais, formando a convicção do julgador para condenação.

Contudo, não há que se falar em prevalência sobre a reincidência – a qual restou devidamente comprovada (f. 84) – devendo operar a compensação entre tais circunstâncias.

Nesse sentido também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas."* [13]

Por fim, restou demonstrado que o acusado dirigia de forma a expor a incolumidade pública a perigo, porquanto conduzia o veículo em alta velocidade, atravessando cruzamentos e avançando sinalizações de "pare" – conforme declarações da testemunha Anderson (f. 79).

Desse modo, não procede a pretensão de decote da agravante do art. 298, I, do Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, passa-se à nova dosimetria da pena.

Parte-se da pena-base fixada na sentença, qual seja, 08 (oito) meses de detenção e 20 (vinte) dias-multa para o crime do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Na fase intermediária incide apenas a agravante do art. 298, I, do Código de Trânsito Brasileiro, em razão da compensação entre confissão espontânea e reincidência, de modo que, considerando-se o patamar de aumento aplicado na sentença – 02 (dois) meses – fixa-se a pena em 10 (dez) meses de detenção e 20 (doze) dias-multa, tornando-a assim definitiva ante a inexistência de outros elementos.

A pena de proibição/suspensão do direito de dirigir dever guardar relação de proporcionalidade com a sanção corporal imposta, devendo ser fixada também em 10 (dez) meses.

Por fim, mantém-se o *decisum* em relação à impossibilidade de substituição da custódia, por não preenchimento dos requisitos do art. 44, do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Andre Fernandes Soria, para absolvê-lo do delito de desobediência e redimensionar a pena imposta ante o reconhecimento da confissão espontânea, compensando-a com a reincidência.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (1º Vogal)

Acompanho em parte o e. Relator para dar provimento em maior extensão ao recurso de André Fernandes Soria, pois além de absolvê-lo da imputação pela prática do delito de desobediência e redimensionar a pena por aplicação da atenuante da confissão, compensando-a com a agravante da reincidência, também reduzo a pena-base do apelante ao mínimo legal.

13 STJ, HC 26089, Proc. 2012/0258062-2, 5ª T., rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j 12/08/2014, DJ 22/08/2014.

A única circunstância judicial considerada negativa na sentença foi a conduta social sob o fundamento de que quanto ao réu *"há informações de seu envolvimento em delitos de ameaça, violência doméstica, furto, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo, portanto, a conduta social do Réu deve ser considerada desfavorável;"*.

Entretanto, a única condenação transitada em julgado contra o condenado já foi sopesada na segunda fase da dosimetria da pena como agravante da reincidência.

Logo, a adoção de outras incursões processuais contra o réu, as quais não tenham transitado em julgado, além de ofender indiretamente o princípio da presunção de inocência e a orientação a Súmula n. 444, do STJ, se sopesadas para negativar a conduta social do réu acarretam na utilização do direito penal do autor, enquanto *"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 e indisfarçável violação do primado constitucional da proteção da intimidade)."* (TJRS, 5ª Câmara Criminal, Apelação – 70045518073, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 09.11.2011).

Passo portanto, à nova dosimetria da pena da condenação pelo crime previsto no art. 306, do CTB, fixando a pena-base no mínimo legal de 6 meses de detenção e 10 dias-multa, no valor mínimo, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor por igual período, as quais mantenho definitiva em razão da compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência e ausência de outras modificadoras, mantendo o regime aberto fixado na sentença para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, acompanho em parte o e. Relator para dar provimento em maior extensão ao recurso de André Fernandes Soria, pois além de absolvê-lo da imputação pela prática do delito de desobediência e redimensionar a pena por aplicação da atenuante da confissão, compensando-a com a agravante da reincidência, também reduzo a pena-base do apelante ao mínimo legal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (2º Vogal)

Divirjo do e. Relator para afastar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, por entender que esta deve preponderar sobre aquela, nos termos do art. 67 do Código Penal. No mais, acompanho-o em todos os seus termos.

O legislador, ao estabelecer a reincidência como causa de agravamento de pena, almejou instituir tratamento diferenciado àquele que tem a delinquência como hábito natural, de modo a aplicar-lhe sanção mais severa, no sentido de desestimulá-lo a praticar novos delitos.

A esse entendimento, por estar coadunado com a finalidade da sanção penal punitiva e preventiva deve-se atribuir relevante valor, de modo a possibilitar sua preponderância na aplicação da lei penal.

Sobre o tema:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI 10.826/203). 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, RHC 102.957, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/04/2010)

> *APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FURTO QUALIFICADO – REDUÇÃO PENA-BASE – PEDIDO PARCIALMENTE ACOLHIDO – COMPENSAÇÃO ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA – IMPOSIBILIDADE – ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE PRISÃO – REJEITADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Em havendo concurso entre as circunstâncias legais da confissão espontânea (atenuante) e da reincidência (agravante), não há o que falar em compensação, uma vez que a reincidência deve preponderar. (...)* (TJMS, Apelação 000382-73.2013.8.12.0011, 2ª Câmara Criminal, Rel. p/ acórdão Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j. 15/12/2014)

Logo, não há falar em compensação da atenuante genérica da confissão com a agravante da reincidência.

Passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, parte-se da pena-base de 08 meses de detenção e 20 dias-multa, fixada pelo juiz *a quo* e mantida pelo nobre relator.

Na segunda fase, divergindo do Relator e modificando a sentença, eis que presente a atenuante da confissão espontânea, esta deve ser reconhecida e aplicada adequadamente, sem falar em compensação com a reincidência.

Assim, na etapa intermediária agravo a reprimenda em 02 meses pela reincidência e atenuo em 01 mês pela confissão, ficando em 09 meses de detenção e 22 dias-multa.

Outrossim, subsiste a agravante do art. 298, I, do CTB, pelo que agravo a sanção, ainda na segunda fase, em 02 meses, restando em 11 meses de detenção e 25 dias-multa.

Na terceira fase, inexistentes de causas de aumento ou diminuição, fica a pena definitiva em 11 (onze) meses de detenção e 25 (vinte e cinco) dias-multa. A suspensão/proibição do direito de dirigir resta fixada também pelo prazo de 11 (onze) meses.

Diante do exposto, em parte com o Relator, dou parcial provimento ao recurso, em menor extensão, para absolver o apelante do crime de desobediência e reduzir a pena pelo reconhecimento da confissão espontânea, sem compensação com a reincidência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido em parte , o 1º vogal que provia parcialmente em maior extensão e o 2º vogal que provia parcialmente em menor extensão.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001061-53.2014.8.12.0014/50000 – Maracaju
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE – MÍNIMO LEGAL – EXPURGO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. V, DA LEI N. 11.343/06 – CABÍVEL CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REGIME PRISIONAL ALTERADO PARA O SEMIABERTO.

O fato de ter premeditado o crime e ter se deslocado para buscar entorpecente não demonstra *plus* de reprovação na conduta da agente, razão pela qual a moduladora da culpabilidade não deve ser negativada.

Na segunda fase da dosimetria, a pena não deve ser minorada aquém do mínimo legal em face da menoridade relativa e da confissão espontânea reconhecidas, pois tal pretensão choca-se com o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5°, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. É dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal. A pretensão encontra óbice também na jurisprudência dos tribunais superiores em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ.

Para incidir a causa de aumento da interestadualidade, basta que esteja devidamente comprovado que a agente iria levar a droga para outro estado da federação, não sendo necessário que a droga alcance o destino final como no caso dos autos, em que restou cabalmente demonstrado que a embargante levava o entorpecente para a cidade de Cuiabá/MT, não havendo falar em afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06.

Cabível a causa de diminuição do tráfico privilegiado, pois a embargante preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, já que é primária, portadora de bons antecedentes e inexistem provas concretas nos autos de que se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa. Montante de 1/4 justo e proporcional, atentando-se para a natureza e quantidade da droga (25 kg de maconha).

Considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e o *quantum* da pena, bem como diante da natureza e quantidade do entorpecente apreendido, cabível a aplicação do regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator, vencidos integralmente o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, e parcialmente o Revisor e o Des. Luiz Cláudio Bonassini. Ausente, justificadamente, o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 10 de junho de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Jéssica Gomes da Silva Souza opõe embargos infringentes e de nulidade contra o acórdão de fls. 347-366, prolatado pela Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, proveu parcialmente os recursos defensivo e ministerial, nos termos do voto do relator.

Pretende a embargante, em síntese, a prevalência do voto vencido da lavra do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que negou provimento ao recurso ministerial e julgou o apelo defensivo parcialmente procedente em maior extensão para: reduzir a pena-base no mínimo legal; reduzir a pena intermediária aquém do mínimo legal em face das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa; aplicar o benefício do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar de 1/4 e fixar o regime inicial aberto.

A Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição dos embargos infringentes (fls. 26-40).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Jéssica Gomes da Silva Souza opõe embargos infringentes e de nulidade contra o acórdão de fls. 347-366, prolatado pela Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, proveu parcialmente os recursos defensivo e ministerial, nos termos do voto do relator.

Pretende a embargante, em síntese, a prevalência do voto vencido da lavra do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que negou provimento ao recurso ministerial e julgou o apelo defensivo parcialmente procedente em maior extensão para: reduzir a pena-base no mínimo legal; reduzir a pena intermediária aquém do mínimo legal em face das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa; aplicar o benefício do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar de 1/4 e fixar o regime inicial aberto.

Dosimetria

Consta no voto proferido pelo i. Des. Ruy Celso Barbosa Florence:

> *"Nesse diapasão, sendo a ré primária, com bons antecedentes, e não havendo prova alguma de que se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa, faz ela jus ao benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o qual não pode ser afastado com base em frágeis indícios, suposições e ilações contrárias ao princípio da presunção de inocência.*

> *Colhe-se dos autos que, a despeito da considerável quantidade de droga apreendida (25 kg de maconha), certo é que o transporte se deu de forma precária, em simples mala carregada em ônibus, indicando que a incursão da apelante na seara delitiva é própria aos chamados "mulas do tráfico", pessoas que, seduzidas pela promessa do dinheiro fácil ou impelidas por dificuldades financeiras, são utilizadas como mera engrenagem descartável na logística da comercialização de entorpecentes, que se vale de indivíduos alheios ao esquema criminoso justamente para evitar que os reais traficantes profissionais sejam presos.*
>
> *(...)*
>
> *Relativamente ao quantum de diminuição de pena, para evitar o bis in idem, desloco a reprovabilidade atinente à quantidade da droga, da primeira à terceira fase dosimétrica, limitando a fração redutora a 1/4.*
>
> *Por sua vez, considero que a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, pois a premeditação na hipótese telada não denota maior intensidade no modo de agir da apelante, sendo próprio ao crime de tráfico de entorpecentes, desautorizando, portanto, a negativação da circunstância judicial da culpabilidade."*

Inicialmente em relação à pena-base, acompanho o voto dissidente para que a moduladora da culpabilidade seja afastada. O fato de ter premeditado o crime e ter se deslocado para buscar entorpecente não demonstra *plus* de reprovação na conduta da agente.

O voto minoritário reconheceu a possibilidade da redução aquém do mínimo legal em razão das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea.

Na segunda fase a dosimetria a pena não deve ser minorada aquém do mínimo legal, pois tal pretensão choca-se com o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5°, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal.

A pretensão encontra óbice também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ, vigente consoante entendimento dos tribunais superiores, *verbis:*

> *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".*

É certo que o princípio da individualização da pena, previsto art. 5º, XLVI da Constituição Federal, é uma das mais importantes garantias asseguradas ao réu, de ter uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido, mas há também que obedecer ao princípio da reserva legal como fonte de segurança jurídica.

Sobre o assunto, valiosa a lição de Guilherme de Souza Nucci [1], o qual ensina que:

> *"As atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir a orientação do legislador".*

1 Código Penal Comentado, 5. ed. São Paulo: Editora RT, p. 354.

A respeito do tema já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. A jurisprudência pacífica desta corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal. (...)."* (STF; RHC 118.996; AM; Segunda Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 18/02/2014; DJE 07/03/2014)

Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, não devem impor a redução da pena na segunda fase da dosimetria aquém do mínimo legal porque há o limite do mínimo *in abstrato* estipulado na norma penal tipificadora do delito.

No tocante à redutora do tráfico privilegiado, em seu interrogatório sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a embargante afirmou que ela custeou as despesas da viagem e que foi a primeira vez que veio buscar substância entorpecente (fl. 87 – arquivo audiovisual).

Observa-se dos autos que não há qualquer base probatória, no sentido de assegurar efetivamente que a embargante dedicava-se de forma duradoura e estável à atividade criminosa. Para tanto, exige-se prova inequívoca de que ela, por longo tempo, pratica ato delituoso. Não havendo comprovação nos autos, a dúvida deve ser em favor do réu.

Acerca do requisito "dedicar-se a atividade criminosa" para a aferição do benefício do tráfico privilegiado, discorre Nucci:

> *"Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas.* ***Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita****. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar atividade criminosa. Pode o agente ser primário e ter bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando". (Destaquei).* (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. p. 372).

Cabível, portanto, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

A embargante pleiteia o afastamento da majorante disposta no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06, aduzindo que não transpôs as divisas da fronteira estadual.

Com relação à referida, filio-me ao posicionamento consagrado pela jurisprudência dominante do STJ, no sentido de que para a caracterização do tráfico interestadual de entorpecentes, basta que as provas produzidas demonstrem que a droga transportada teria como destino localidade de outro estado da federação, sendo desnecessária a efetiva transposição de fronteiras.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006. PRESCINDIBILIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA FRONTEIRA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pacificou-se neste STJ o entendimento de que a causa especial de aumento de pena por tráfico interestadual tem incidência quando comprovado que a droga tinha como destino localidade em outro Estado da Federação, ainda que não haja efetiva transposição da fronteira dos Estados. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ - AgRg no REsp: 1392985 PR 2013/0236390-2, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, data de julgamento: 18/06/2014, T6 - Sexta Turma, data de Publicação: DJe 04/08/2014)

Não é exigida a transposição de fronteiras para a majoração da pena, devendo, contudo, haver prova inequívoca de que a acusada visava chegar a outro Estado da Federação.

Pelas provas dos autos, como a própria confissão da embargante, a droga tinha como destino a cidade de Cuiabá no estado de Mato Grosso, de modo que está justificado o reconhecimento da referida majorante.

Mantenho, portanto, a causa de aumento, pois satisfatoriamente comprovada a sua ocorrência.

Passo à nova dosimetria:

Afastada a circunstância judicial da culpabilidade e considerando que a quantidade de entorpecente será considerada apenas na terceira fase para não configurar *bis in idem*, na primeira fase fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, presentes a atenuante da menoridade relativa e da confissão espontânea, contudo, mantenho a pena intermediária no mesmo patamar, em atenção ao Enunciado da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase tem-se a majorante prevista no inciso V do art. 40 da Lei de Drogas, razão pela qual aumento a reprimenda em 1/6, ficando esta em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Presente também a causa de diminuição do tráfico privilegiado, de modo que, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, diante da quantidade de entorpecente (25 kg de maconha) reduzo a pena em 1/4, tornando-a definitiva em 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão e 438 dias-multa.

Regime.

Considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e o *quantum* da pena, bem como diante da natureza e quantidade do entorpecente apreendido, cabível a aplicação do regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º do CP.

Nesse sentido:

> *"EMENTA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECONHECIMENTO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça admite o chamado prequestionamento implícito, caracterizado quando a instância de origem exara cognição a respeito dos pontos invocados no recurso especial, ainda que não tenha feito menção direta aos dispositivos legais. Precedente. 2. É possível a fixação de regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, com base na análise dos critérios estabelecidos no art.*

> *33 do Código Penal. 3. In casu, considerando o quantum de pena fixado para o crime de tráfico atribuído ao réu - 5 anos e 6 meses de reclusão - e as circunstâncias judiciais amplamente favoráveis, o regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena atribuída ao ora agravado. Acórdão reformado nesse ponto. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 488792 / RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 03/03/2015, DJe 10/03/2015)

> *"(...) Verificada a primariedade dos pacientes, a inexistência de circunstância judicial desfavorável e a aplicação da pena definitiva no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. - Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar aos pacientes o regime inicial semiaberto.* (HC 308339 / SP, Relator Ministro Ericson Maranho - Desembargador Convocado do TJ/SP, 6ª Turma, j. 07/04/2015, DJe 17/04/2015)

Em parte com o parecer, acolho parcialmente os embargos infringentes para reduzir a pena-base ao mínimo legal, aplicar a minorante do tráfico privilegiado e alterar o regime prisional para o semiaberto.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor):

De acordo com o relator para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastar a redução da aquém do mínimo legal em razão do reconhecimento de atenuantes e manter o tráfico interestadual.

Contudo, discordo do reconhecimento do tráfico privilegiado no caso concreto.

Colhe-se dos autos que Jéssica, residente em Diamantino-MT veio a Ponta Porã-MS buscar 25 quilos de maconha, divididos em 30 tabletes para serem entregues em Cuiabá-MT.

Ora, qual a pessoa sem nenhum envolvimento na atividade criminosa recebe telefonema de desconhecido para buscar tamanha quantidade de droga em outro Estado e aceita a empreitada?

Ressalte-se que o *modus operandi* demonstra sofisticação no esquema criminoso, com uma estrutura logística: houve o recrutamento da embargante, pessoa de baixo poder aquisitivo, a aquisição da droga em grande quantidade, e , em outra ponta, pessoa que receberia a maconha e a distribuiria para diversos ponto de venda de drogas.

Nas palavras do Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, do TRF 3ª Região, relator da ACr 0010410-28.2009.4.03.6000**:**

> "***Basta a participação do agente na empreitada criminosa, de alguma forma, para que esteja integrado no contexto criminoso. [...] , a pessoa que aceita esse tipo de 'trabalho', a par de demonstrar ter perdido a sua inocência ou ingenuidade e, assim, optado pelo crime, está plenamente ciente do que faz,*** *afirmação que é reforçada pelos constantes relatos de ameaça e pela raridade de delações.* (TRF 3ª R.; ACr 0010410-28.2009.4.03.6000; MS; Quinta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto; Julg. 17/12/2012; DEJF 27/12/2012; Pág. 25)". Grifo nosso

Ainda sobre a questão, consignou o Ministro Gilmar Mendes, do STF em caso de tráfico internacional, raciocínio também cabível no caso concreto que:

> *"A 'mula', de fato, integra a organização criminosa 'na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional'. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa – de transporte – está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à 'atividade criminosa' em*

> *que o legislador exigiu 'dedicação', ou seja habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do 'integrar organização criminosa'. Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na 'atividade criminosa'. Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao 'traficante mula' ou, ainda, aos outros com 'participação de menor importância' e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaria uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado"* (In: STF.HC 101265, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe-153 Divulg 03-08-2012 Public 06-08-2012 Ement Vol-02656-01 PP-00001).

Portanto, inviável o reconhecimento da causa de diminuição do artigo 33,§ 4º , da Lei 11.343/2006 .

Desta forma, fica a pena-base de JÉSSICA reduzida para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, presente as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, fica a pena inalterada por já estar no mínimo legal.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal já dirimiu a questão em sede de Repercussão Geral:

> *EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.* (STF. RE 597270 QO-RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 26/03/2009, Repercussão Geral - Mérito DJe-104 Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)

Sem agravantes na segunda fase, permanecendo inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição da pena, mas presente a causa de aumento do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 exaspero a pena em 1/6, ficando a pena definitivamente fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão e 600 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

O regime inicial é o semiaberto, conforme diretrizes do artigo 33, do Código Penal e 387, §2º, do Código de Processo Penal, por já estar a embargante segregada cautelarmente pela prática do delito discutido neste processo há mais de 1 ano e 4 meses.

Ante o exposto, dou provimento parcial aos embargos infringentes interpostos por Jéssica Gomes da Silva Souza para reduzir a pena-base e abrandar o regime prisional inicial para o semiaberto.

Fica sua pena pela prática de tráfico interestadual reduzida para 5 anos e 10 meses de reclusão e 600 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Comunique-se de imediato na Execução Provisória 0002494-92.2014.8.12.0014- Rio Brilhante.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (1º Vogal):

Acompanho em parte o Relator para dar provimento ao recurso a fim de que prevaleça integralmente o voto que proferi no julgamento do recurso de apelação defensivo e ministerial, pelos mesmos fundamentos aos quais me reporto.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (3ª Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (4º Vogal):

Divirjo do Relator, para negar provimento ao recurso.

Isso porque, no meu entendimento, deve ser mantida a prejudicialidade da moduladora da culpabilidade, que foi devidamente fundamentada pelo sentenciante. Além do mais, não reputo possível o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, bem como o abrandamento do regime prisional (para o semiaberto).

A propósito, nesse sentido, mantenho o voto condutor do Acórdão ora desafiado, de minha lavra, onde deliberei sobre a questão controvertida, o fazendo nos seguintes termos:

> *"(...) Do recurso defensivo. (...).*
>
> *Do pedido de redução da pena-base no mínimo legal.*
>
> *Para a melhor compreensão dos fatos, hei por bem colacionar o trecho da sentença, onde foi aventada a fundamentação no tocante à valoração das circunstâncias judiciais no âmbito da etapa inicial da dosimetria:*
>
> *"É altamente reprovável a culpabilidade da ré, pois premeditou o delito ao vir de outra localidade para buscar, em Ponta Porã, enorme quantidade de drogas, com grande potencialidade lesiva (25 quilos de maconha).*
>
> *Não registra antecedentes (fls. 179 e 199-200).*
>
> *Não há dados concretos para apreciar a conduta social.*
>
> *Deixo de examinar a personalidade da agente ante a ausência de elementos técnicos no caderno processual (laudo psicológico).*
>
> *Os motivos do crime visam à obtenção de lucro fácil.*
>
> *As circunstâncias do crime apontam a ousadia da ré que não contava com a astúcia da polícia que a prendeu em flagrante.*
>
> *São graves as consequências do crime de tráfico, apesar da droga ter sido apreendida, pois tal conduta propaga insegurança na sociedade e atenta contra a saúde pública, que tem se mostrado ineficaz na recuperação dos usuários de droga.*
>
> *Destarte, fixo a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa."*
>
> *A partir dos fundamentos acima transcritos, o Magistrado sentenciante exasperou a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa.*

Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

Sobre a culpabilidade, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Segundo Ricardo Augusto Schimitt, "a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade", de modo que devem ser valoradas "a frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)".[2]

O Magistrado sentenciante, com base em elementos concretos disponíveis no caso em julgamento, valorou a culpabilidade da apelante, argumentando que "premeditou o delito ao vir de outra localidade para buscar, em Ponta Porã, enorme quantidade de drogas, com grande potencialidade lesiva (25 quilos de maconha)."

Essas circunstâncias por certo revelam maior intensidade no modo de agir da apelante. Por isso, deve ser mantida.

(...)

Diante do afastamento das circunstâncias judiciais acima e, considerando a existência de uma circunstância judicial, a pena-base deve ser reduzida.

No mesmo patamar da sentença, em estando presente apenas a circunstância judicial da culpabilidade, reduzo a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Do pedido de reconhecimento e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Em suas razões recursais, a apelante defende também fazer jus ao reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art.33 da Lei 11.343/2006.

Quanto a esse aspecto, cabe salientar que para que o réu possa fazer jus ao benefício da diminuição, deverão estar presentes 4 (quatro) requisitos cumulativos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; e d) não integração de organização criminosa.

Os dois primeiros requisitos - primariedade e bons antecedentes - submetem-se a uma avaliação estritamente objetiva, pois basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos.

Os últimos requisitos - não dedicação às atividades criminosas e não integração de organização criminosa - a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado a respeito do que pode ser entendido por "se dedicar às atividades criminosas" e "integrar organização criminosa".

Da leitura da fundamentação da sentença, observa-se que foi utilizado, pela magistrada, um motivo para justificar o afastamento do benefício, qual seja, o fato de o réu/apelante se dedicar às atividades criminosas.

Cabe analisar se, de fato, encontra-se presente essa circunstância. Em caso positivo, mesmo isolada, a existência dessa circunstância será suficiente para justificar a não aplicação do benefício pleiteado pelo apelante.

2 SCHIMITT, Ricardo Augusto. S*entença penal condenatória* – teoria e prática. Editora Juspodivm. 7. ed. 2012. Págs. 115 e 116.

A expressão "se dedicar às atividades criminosas" é bastante genérica e pouco elucidativa, de modo que cada caso deve ser analisado individualmente, a fim de se descobrir, através do seu contexto peculiar, se o agente faz da atividade criminosa o seu estilo habitual de vida.

A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas se destina ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não de dedique à traficância.

Nesse sentido é a doutrina de Renato Marcão, que bem esclarecer as razões dessa causa de diminuição:[3] *"A previsão [do §4º do art. 33] é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime. Sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o néofito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez. Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico. Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo §4º, e 'a minorante em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que faz do tráfico o seu meio de vida'."*

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar a conduta social do agente e se ele exercia a alguma profissão lícita.

No presente caso, verifica-se que a apelante transportava 30 (trinta) tabletes de maconha. Consta ainda que a paciente foi contratada por uma terceira pessoa e para o transporte da droga receberia uma quantia entre R$ 2.000,00 (dois) mil reais.

Além disso, pelas circunstâncias em que está inserida da dinâmica dos fatos – transporte de 30 (trinta) tabletes de maconha, acondicionados em duas malas, que totalizava 25 (vinte e cinco) quilos de maconha.

Esses elementos indicam que a apelante estava se dedicando à atividade criminosa do tráfico de drogas. Portanto, o apelante não faz jus ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois não preenche todos os requisitos necessários, considerando que se dedica às atividades criminosas, exatamente como reconhecido pelo Magistrado sentenciante.

Do pedido de redimensionamento da pena aplicada.

Na primeira fase, diante da presença da circunstância judicial da culpabilidade, no mesmo patamar aplicado pela sentença, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, diante do reconhecimento e aplicação pela sentença das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, no mesmo patamar aplicado pela sentença, reduzo a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, para que não haja ofensa à Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, diante do reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006 (tráfico interestadual), elevo a pena em 1/6, ficando esta em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

3 MARCÃO, Renato. Tóxicos – Anotadas e Interpretada. 8ª Edição. 2011. Pág. 184.

Do pedido de alteração do regime prisional.

Como bem se sabe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal estabelece os critérios a serem observados para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O referido artigo impõe os três fatores decisivos na escolha do regime inicial, quais sejam, a reincidência, a quantidade de pena e as circunstâncias judiciais.

É certo que, nos crimes hediondos, previstos na Lei 8.072/90 e nos delitos equiparados a hediondo, como no tráfico de drogas, por força de expressa determinação legal contida no art. 5º, XLIII da Constituição Federal, a pena privativa de liberdade, por força da lei, deve ser cumprida em regime inicialmente fechado. É o que se extrai do art.2º, § 1º da Lei 8.072/90 com a redação dada pela Lei 11.464/2007.

Entretanto, o STF já decidiu pela inconstitucionalidade desta determinação, conforme evidencia o julgado abaixo:

"É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90.Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu habeas corpus com a finalidade de alterar para o semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituíra a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados – v. Informativo 670.

Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor."[4]

No mesmo sentido também já decidiu o STJ:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. QUANTUM DA PENA E EVENTUAIS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. IRRELEVÂNCIA. DELITO PRATICADO APÓS O ADVENTO DA LEI 11.464/2006. ORDEM DENEGADA.

I.O delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos crimes hediondos segundo expressa disposição constitucional, sujeita-se, por consectário, ao tratamento dispensado a tais crimes.

II. Com o advento da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, ficou estabelecido o regime inicialmente fechado de cumprimento das penas por crimes ali previstos.

III. O regime inicialmente fechado para o desconto da reprimenda é imposição legal e independe da quantidade da sanção imposta e de eventuais condições pessoais favoráveis ao réu.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator."[5]

Nesse sentido os seguintes julgados:

"Este Superior Tribunal de Justiça acolhe o entendimento de que, após a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2o., § 1o. da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime prisional, nesses casos, à

4 STF - HC 111.840/ES, Rel.Min.Dias Toffoli, j.27.06.2012.Informativo 672.

5 STJ – HC 174543/SP, Rel.Min.Gilson Dipp, DJe 04/04/2011.

falta de dispositivo legal normativo próprio, deve ser feita à luz do que determina o art. 33 do CPB; assim, considerando a pena aplicada (3 anos e 20 dias de reclusão), não havendo notícia de reincidência e fixada a pena-base próxima do mínimo legal, impõe-se a determinação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao disposto no art. 33, § 2o., c do CPB." (...) [6](HC 165.524/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA. (...) 5. No caso, o paciente é primário e lhe foi desfavorável apenas uma circunstância judicial. Ainda assim, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, suficiente para a prevenção e reprovação do delito. 4. Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade e diversidade de droga apreendida não recomenda o benefício. 5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade."[7]

No caso, para o regime inicial da pena deve ser considerada a quantidade da pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais, assim como eventual reincidência.

Aliás, as Cortes Superiores, tem se posicionado entendendo ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

Nesse sentido, firme está a Jurisprudência:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO."

No caso, diante das circunstâncias fáticas em que, pelo que desume dos autos, a condenada estava se dedicando à traficância, diante expressiva quantidade de drogas apreendidas.

Essa circunstância referente quantidade da droga desautoriza a fixação de regime prisional mais brando à condenada.

Dessa forma, diante da existência de circunstância judicial desfavorável valorada na sentença, notadamente a quantidade das drogas, fica mantido o regime fechado aplicado pelo Magistrado sentenciante.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias suscitadas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

6 STJ – HC 165.524/SP, Rel.MI.Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 17/06/2010.

7 HC 180.177/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011

> *Diante do exposto, em parte com o parecer da PGJ, dou provimento ao recurso ministerial para o fim de reconhecer e aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006 e parcial provimento ao recurso defensivo somente para o fim de reduzir a pena-base, ficando a pena definitiva da apelante em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido o regime fechado aplicado na sentença."*

Posto isso, nego provimento ao presente recurso.

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva (5º Vogal):

Acompanho o voto do Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencidos integralmente o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, e parcialmente o revisor e o Des. Luiz Cláudio Bonassini. Ausente, justificadamente, o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. 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. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 10 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0043391-75.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESOBEDIÊNCIA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA POR ATIPICIDADE – RECURSO PROVIDO.

A competência do juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é em razão da matéria, logo, absoluta e atrai todos os feitos conexos nos termos do art. 76, III, do Código de Processo Penal, pois a desobediência decorreu de ordem judicial emanada pelo juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande que o proibia de se aproximar da vítima, bem como manter contato por qualquer meio de comunicação, segundo consta dos autos da medida cautelar.

Mérito: É assente na doutrina e jurisprudência o entendimento de que havendo o descumprimento de medida protetiva o juiz poderá fixar providência com o objetivo de alcançar a tutela específica na obrigação, nos moldes do art. 22, §4º, da Lei n. 11.340/2006. Ou seja, a lei comina sanção civil ou administrativa para o descumprimento de ordem legal, tais como, multa, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, dentre outras medidas e, sendo assim, somente poderia haver a imputação cumulativa do delito de desobediência se houvesse expressa previsão legal. O art. 313 do CPP prevê ainda que, descumprida a ordem judicial que implementa medida protetiva de urgência no âmbito doméstico, será possível ainda a decretação de prisão preventiva. Por todo exposto, a absolvição do apelante pelo crime de desobediência é imperativa, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Com o parecer, afasto a preliminar levantada e no mérito, dou provimento ao recurso para o fim de absolver o réu Nilson Novais de Nascimento do crime de desobediência por atipicidade da conduta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, afastar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de maio de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por N. N. de N., condenado pela prática do crime descrito no artigo 330 do Código Penal, à pena de 15 (quinze) dias de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no regime aberto.

Nas razões de apelação de fls. 96-122, alega preliminarmente, a nulidade do processo por incompetência da vara de violência doméstica para julgar o crime de desobediência. No mérito, pugna pela sua absolvição em razão da atipicidade do delito de desobediência, da ausência de provas de autoria e materialidade ou pela aplicação do princípio da insignificância. Caso não seja absolvido, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 96-122). Prequestiona aplicabilidade dos artigos 44 e 61, I, "f", todos do Código Penal; do artigo 386, incisos VI e VI, do Código de Proceso Penal, bem como os artigos 5º, inciso LVI, ambos da Constituição Federal.

Em contrarrazões de apelação as fls. 126-134, o Ministério Público pugnou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do apelo, acolhendo-se a tese de atipicidade do delito de desobediência.

Parecer da PGJ as fls. 147-161 pelo afastamento das preliminares e no mérito pelo parcial provimento do recurso, absolvendo o apelante por atipicidade do delito.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por N. N. de N., condenado pela prática do crime descrito no artigo 330 do Código Penal, à pena de 15 (quinze) dias de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no regime aberto.

Nas razões de apelação de fls. 96-122, alega preliminarmente, a nulidade do processo por incompetência da vara de violência doméstica para julgar o crime de desobediência. No mérito, pugna pela sua absolvição em razão da atipicidade do delito de desobediência, da ausência de provas de autoria e materialidade ou pela aplicação do princípio da insignificância. Caso não seja absolvido, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 96-122). Prequestiona aplicabilidade dos artigos 44 e 61, I, "f", todos do Código Penal; do artigo 386, incisos VI e VI, do Código de Processo Penal, bem como os artigos 5º, inciso LVI, ambos da Constituição Federal.

1. Preliminar

Incompetência do juízo da Vara de Violência Doméstica

Não procede a pretensão defensiva, vez que a competência do juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é em razão da matéria, logo, absoluta e atrai todos os feitos conexos.

A desobediência decorreu de ordem judicial emanada pelo juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande, segundo consta dos autos n. 52036-26.2011, conforme menciona a sentença de fls. 83-90, configurando a conexão instrumental prevista no art. 76, III, do Código de Processo Penal.

Assim, fica afastada a preliminar em questão.

2. Mérito

Acolho a tese defensiva de atipicidade do crime de desobediência imputado.

É assente na doutrina e jurisprudência o entendimento de que havendo o descumprimento de medida protetiva o juiz poderá fixar providência com o objetivo de alcançar a tutela específica na obrigação, nos moldes do art. 22, §4º, da Lei n. 11.340/2006, que dispõe:

> *Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:*
>
> *(...)*
>
> *§ 4o Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5o e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973* (Código de Processo Civil).

Ou seja, sabidamente a lei comina sanção civil ou administrativa para o descumprimento de ordem legal, tais como, multa, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, dentre outras medidas e, sendo assim, somente poderia haver a imputação cumulativa do delito de desobediência se houvesse expressa previsão legal.

O Código de Processo Penal prevê ainda:

> *Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:* (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> *(...)*
>
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;* (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Descumprida, portanto, a ordem judicial que implementa medida protetiva de urgência no âmbito doméstico, será possível ainda a decretação de prisão preventiva.

Neste sentido o julgado do STJ específico sobre a questão:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA OU POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME.*
>
> *A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência). 2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4º, da Lei n.11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência. 3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime. 4. Recurso especial provido.* (REsp 1374653/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 02/04/2014)

A questão vem sendo decidida assim também nesta Corte:

> *"(...) Não há como admitir a caracterização do crime de desobediência, se o descumprimento de medidas protetivas de urgência decretadas já é punível com outras sanções específicas, não fazendo a lei ressalva expressa de possibilidade de cumulação da sanção penal.(...)* (Apelação - Nº 0064091-09.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa)

> *"(...) Não há como admitir a caracterização do crime de desobediência, se o descumprimento de medidas protetivas de urgência decretadas já é punível com outras sanções específicas, não fazendo a lei ressalva expressa de possibilidade de cumulação da sanção penal. 5. Preliminares rejeitadas e, no mérito, de ofício, reconhecida a atipicidade da conduta atribuída ao apelante, declarando-se sua absolvição, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.(...)* (Apelação – Nº 0010753-52.2013.8.12.0001 – Campo Grande- Relator – Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa)"

A absolvição do apelante pelo crime de desobediência é imperativa, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Com o parecer, afasto a preliminar levantada e no mérito, dou provimento ao recurso para o fim de absolver o réu N. N. de N. do crime de desobediência por atipicidade da conduta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, afastaram a preliminar e, no mérito, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 07 de maio de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0809603-97.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RESTITUIÇÃO DE BEM – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – ILEGITIMIDADE – PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DESCABIDO – NÃO PROVIDO.

Estando o veículo gravado com alienação fiduciária à instituição financeira, somente esta poderá requerer a restituição como terceira de boa-fé pela via adequada.

Pedido de assistência judiciária gratuita indeferido por ser o requerente representado por advogado particular somado ao fato de sua pretensão versar sobre veículo de luxo, cujo valor da parcela mensal do financiamento contratado é de R$ 1.185,82 (um mil, cento e oitenta e cinco reais e oitenta e dois centavos), logo, por dedução lógica descabido o pedido de justiça gratuita, pois não é caso de situação de insuficiência de recursos financeiros a merecer o benefício previsto na Lei 1.060/50.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 14 de maio de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal, interposta por Alesandro Ricardo de Melo Almeida, contra a sentença que indeferiu seu pedido de restituição do bem aprendido em razão da condenação de Marcelo Alves Moreira.

Nas razões de fls. 44/58, requer em síntese, a restituição do veículo Hyundai, modelo IX-35, ano 2010/2011, cor preta, placa NVQ5680, bem que na ocasião do flagrante teria vendido ao denunciado por contrato particular, considerando que é objeto de alienação fiduciária com instituição financeira, sem que contudo, obtivesse o pagamento devido. Assim, defende ser o legítimo proprietário. Pede a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O Ministério Público Estadual nas contrarrazões recursais as fls. 60-69, combate integralmente as argumentações defensivas e requer o não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 74-77 pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal, interposta por Alesandro Ricardo de Melo Almeida, contra a sentença que indeferiu seu pedido de restituição do bem aprendido em razão da condenação de Marcelo Alves Moreira.

Nas razões de fls. 44/58, requer em síntese, a restituição do veículo Hyundai, modelo IX-35, ano 2010/2011, cor preta, placa NVQ5680, bem que na ocasião do flagrante teria vendido ao denunciado por contrato particular, considerando que é objeto de alienação fiduciária com instituição financeira, sem que contudo, obtivesse o pagamento devido. Assim, defende ser o legítimo proprietário. Pede a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o veículo apreendido foi empregado como instrumento fundamental para a execução do crime de tráfico de drogas – 30 Kg de cocaína.

A decretação do perdimento dos bens empregados na execução de atividade criminosa tem por base imperativo legal sendo efeito da sentença condenatória nos casos previstos em lei, tal como a Lei Antidrogas.

A Lei de Drogas dispõe regras sobre a apreensão, arrecadação e destinação dos bens apreendidos ligados ao tráfico. O art. 62, da mencionada legislação, refere-se à apreensão de instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados na prática dos crimes relativos à Lei de Drogas, não exigindo a demonstração da ilicitude do objeto, bastando que se demonstre sua conexão com a prática do crime, como no caso dos autos**.**

Por outro lado, o próprio recorrente notícia que o automóvel está alienado fiduciariamente para o Banco Bradesco Financiamento S.A., não possuindo a apelante legitimidade para fazer o pleito de restituição.

Assim, mantém-se o perdimento do bem em favor da união, ressalvando o direito do terceiro de boa-fé, ao qual incumbe assim requerer e provar pela via adequada.

Nesse sentido, colaciono julgados deste Sodalício:

> *"(...) APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - RECURSO DO TERCEIRO INTERESSADO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - PARTE ILEGÍTIMA - RECURSO IMPROVIDO. Se o veículo apreendido está gravado com alienação fiduciária, sendo o real proprietário o credor-fiduciante, ou seja, a instituição financeira, ainda que o agente tenha adquirido o bem, não é parte legítima para pleitear a restituição do veículo apreendido."* (TJMS; ACr-Recl 2010.022821-4/0000-00; Três Lagoas; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 10/02/2011)
>
> *EMENTA(...) APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR TERCEIRO DE BOA-FÉ VEÍCULO AUTOMOTOR - DETERMINAÇÃO DE VENDA JUDICIAL NO JUÍZO A QUO - PERDIMENTO DO EXCEDENTE DECRETADO - DECISÃO MANTIDA -RECURSO IMPROVIDO. A venda judicial de bem com entrega do valor a terceiro de boa-fé, desde que provada a vinculação do alegado crédito ao veículo apreendido, e o perdimento do excedente em favor da União,*

> *mostra-se como solução mais adequada, não devendo ser restituído diretamente o bem à instituição financeira.* (Relator(a): Des. Romero Osme Dias Lopes; Comarca: Deodápolis; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 15/09/2013; Data de registro: 15/05/2014)

Além disso, oportunos os apontamentos do i. Procurador-Geral de Justiça em parecer especificamente a fl. 76, cujo trecho transcrevo:

> *"O devedor fiduciante não detém a propriedade do bem, mas apenas a posse direta. Até o pagamento do preço, o domínio é do agente fiduciário, ainda que resolúvel. A propriedade do bem somente se consolida para o devedor fiduciante após o pagamento do preço. Em face de eventual inadimplência, resolver-se-á o negócio jurídico e o agente fiduciário retomará também a posse direta do bem.*
>
> *Desta feita, o apelante não poderia ter alienado o veículo como se fosse de sua propriedade, principalmente sem o consentimento do agente fiduciário. Nesse sentido, inclusive, é o disposto no o art. 1º do Decreto Lei 91/69, ao dar nova redação ao art. 66 da Lei nº 4728/65."*

Indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita por ser o requerente representado por advogado particular somado ao fato de sua pretensão versar sobre veículo de luxo, cujo valor da parcela mensal do financiamento contratado é de R$ 1.185,82 (um mil, cento e oitenta e cinco reais e oitenta e dois centavos), logo, por dedução lógica descabido o pedido de justiça gratuita, pois não é caso de situação de insuficiência de recursos financeiros, conforme comprova as fls. 20-21.

Ressalte-se que na inicial o requerente ainda frisa estar pagando mensalmente o valor da parcela, logo, sem qualquer elemento probatório que comprove ser merecedor do benefício previsto na Lei 1.060/50.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 14 de maio de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000376-07.2010.8.12.0040 - Porto Murtinho
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – DESCABIMENTO – CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO CONCRETO – RECURSO IMPROVIDO.

I – O porte ilegal de arma de fogo, tipificado no artigo 14 da Lei 10.826/03, constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato, de modo que não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para sua configuração, mas apenas potencial risco de detonação do artefato. Assim, o simples fato de portar o artefato bélico sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar já expõe lesão à objetividade jurídica tutelada pela norma que é a incolumidade pública.

II – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 16 de abril de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Benjamin de Arruda interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Murtinho, que o condenou como incurso nas sanções do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, infligindo-lhe a pena de 02 anos de reclusão em regime inicial aberto e 10 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos.

Nas razões, aduz, em síntese, que a simples conduta de portar arma de fogo desmuniciada "*sem a possibilidade de rápido municiamento*" não configura infração penal, devendo ser absolvido na forma do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal. Ao final, prequestiona a matéria abordada na peça recursal (fls. 154-163).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (fls. 165-179).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (fls. 183-188).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Benjamin de Arruda interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Murtinho, que o condenou como incurso nas sanções do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, infligindo-lhe a pena de 02 anos de reclusão em regime inicial aberto e 10 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos.

Nas razões, aduz, em síntese, que a simples conduta de portar arma de fogo desmuniciada "*sem a possibilidade de rápido municiamento*" não configura infração penal, devendo ser absolvido na forma do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Em que pese a robusta argumentação, razão não socorre à Defesa, pois restou comprovado nos autos que o apelante portava "*uma arma de fogo, do tipo revolver*", sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conduta, esta, que encontra tipificação no artigo 14 da Lei n. 10.826/03.

Com efeito, dispõe o mencionado dispositivo legal, *verbis*:

> *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. - destaquei.*

Conforme se observa, o tipo penal em comento tipifica como sendo crime a conduta de "*portar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*" e não faz qualquer ressalva quanto à necessidade de se gerar um dano concreto e tampouco de o acessório ou a munição estar acompanhada de arma de fogo.

Em análise ao referido tipo, Guilherme de Souza Nucci ensina que:

> *"(...) é crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa); mera conduta (independe da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a sociedade); perigo abstrato (a probabilidade de vir a ocorrer algum dano, pelo mau uso da arma, acessório ou munição, é presumido pelo tipo penal). [...] Quer-se, no Brasil, efetivar o controle estatal de armas de fogo em geral, contando para tanto, com os acessórios igualmente perigosos bem como levando-se em conta a munição- sem a qual a arma de fogo é inútil. Surpreender alguém portando grande quantidade de munição, por exemplo, sem autorização legal, pode ser conduta mais grave que o singelo porte de um revólver calibre 38, devidamente registrado. Logo, não vemos infringência a nenhum princípio penal"* (Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª ed. RT: 208, p. 86-87).

Trata-se, portanto, de crime de mera conduta e perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado pela norma é a segurança pública, sendo plenamente dispensável, para a sua configuração, a ocorrência de qualquer resultado naturalístico.

Nessa esteira, o simples fato de portar de arma de fogo ou munição, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tal como ocorreu no caso em exame, é capaz de consumar o delito, pois o risco de ocorrer algum dano ou lesão pelo mau uso do artefato ou seus acessórios é presumido pelo próprio tipo penal.

Sobre as infrações de perigo abstrato, pertinente os ensinamentos do Professor Fernando Capez, *verbis*:

> *"(...) Não se desconhece o princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual todo crime exige resultado jurídico, ou seja, lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Ocorre que comportamentos ilícitos, como o de possuir uma arma de fogo municiada dentro de casa ou sair pelas ruas com arma de fogo sem ter autorização para portá-la, ou, ainda, disparar arma de fogo em plena via pública, por si sós, já induzem à existência de risco à coletividade. Não se pode alegar que tais condutas não diminuíram o nível de segurança dos cidadãos apenas porque não se logrou encontrar ninguém por perto quando de sua realização. (...)."*

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que a conduta de portar munições, ainda que desacompanhadas de arma de fogo, caracterizam o crime de porte ilegal de arma de fogo. Vejamos:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES. EXAME PERICIAL. NULIDADE. IRRELEVÂNCIA. QUESTÃO DE DIREITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser prescindível a realização de laudo pericial para atestar a potencialidade lesiva da munição e, por conseguinte, caracterizar o crime previsto na Lei n.º 10.826/03.*
>
> *3. O legislador, ao criminalizar o porte clandestino de armas de fogo e munições, preocupou-se, essencialmente, com o risco que a posse ou o porte de armas de fogo e munições, à deriva do controle estatal, representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros. Assim, antecipando a tutela penal, pune essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1363870/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013)
>
> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ART. 14 DA LEI 10.826/03. TIPICIDADE DA CONDUTA. PACIENTE REINCIDENTE. PÉSSIMOS ANTECEDENTES. REGIME ABERTO. IMPOSSIBLIDADE. SURSI HUMANITÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...)*
>
> *- O porte de munição, ou mesmo de arma desmuniciada, por ser delito de perigo abstrato, cujo objeto jurídico imediato é a segurança coletiva, subsume-se aos tipos descritos nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03. - Não merece reparos o aresto hostilizado ao concluir pela aplicação do regime semiaberto par início de cumprimento de pena na hipóteses, pois, embora condenado apena inferior a 4 anos, cuida-se de paciente reincidente e com péssimos antecedentes. - (...) Habeas corpus não conhecido"* (STJ, HC 201.238/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe de 26/10212).

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADMISSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...)*
>
> *- Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o crime descrito no art. 16 da Lei 10.826/2003 é de mera conduta e de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social, sendo, portanto, irrelevante que a munição esteja desacompanhada da respectiva arma.*
>
> *Habeas corpus não conhecido.* (HC 217.746/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada Do TJ/SE), sexta turma, julgado em 11/03/2014, DJe 31/03/2014)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECUSO ESPECIAL. CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 12, DA LEI Nº 10.826/03. INCIDÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E DE MERA CONDUTA. SIMPLES POSSE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Esta Corte Superior entende que eventual apreensão de munições isoladas não descaracteriza o crime previsto no art. 12, caput, do Estatuto do Desarmamento, pois, por ser delito de perigo abstrato e de mera conduta, para o reconhecimento da prática dessa infração penal, basta a simples posse da munição, sem autorização da autoridade competente, independendo da comprovação, por perícia, do efetivo prejuízo ou da lesão ao bem jurídico tutelado.*
>
> *2. Não é possível, em agravo regimental, analisar questões somente arguidas nas suas razões, por caracterizar inovação de fundamentos.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1360271/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, quinta turma, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014)

O entendimento desta Corte não discrepa:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO – ART. 14 DA LEI 10.826/03 – PRETENSA ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE LESIVIDADE EM FUNÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE ARMA ACOMPANHADA – IRRELEVÂNCIA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – RECURSO DESPROVIDO. O porte ilegal de munição, tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03, expõe crime de mera conduta e de perigo abstrato que não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para sua configuração, mas apenas potencial risco de detonação do artefato, de modo que a só constatação já expõe lesão à objetividade jurídica tutelada pela norma que é a incolumidade pública.* (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2009.032037-0/0000-00 - Bataguaçu. - Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. - Primeira Turma Criminal - Julgamento: 01/07/2010)

Assim, não há falar em atipicidade material da conduta descrita na inicial acusatória, pois, como visto, esta encontra perfeita correspondência com o artigo 14, *caput*, do Estatuto do Desarmamento.

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 ao exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 16 de abril de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1403079-70.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DANO QUALIFICADO – AUSÊNCIA DE DOLO – FATO ATÍPICO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

I – O deferimento de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal é medida excepcional que se impõe no presente caso, uma vez que não foi verificado a presença do dolo no crime de dano, tornando-se assim o fato atípico

II – Ordem concedida. Com o parecer da PGJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de abril de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Os advogados Ricardo Wagner Pedrosa Machado Filho, inscrito na OAB/MS 14.983, e William Wagner Maksoud Machado, inscrito na OAB/MS sob o n. 12.394, impetram *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor de William Maksoud Neto, apontando como autoridade coatora o Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS.

Os impetrantes narram que o paciente figura no pólo passivo de uma queixa-crime pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 163, § único, IV, do Código Penal.

De início, alega ilegitimidade de parte, haja vista o querelante não ser proprietário do veículo.

No mérito, propugna pela atipicidade da conduta, em razão de ter sido praticado sem dolo, tratando-se, portanto, de um acidente.

Afirma, ainda, que o paciente irá submeter-se ao exame da Ordem dos Advogados do Brasil, e a tramitação do feito originária lhe trará prejuízos no sentido de ver sua inscrição indeferida.

Assim, requer o deferimento da liminar, a fim de ver suspenso andamento da aludida ação, e, por conseguinte, da audiência de instrução e julgamento designada para 24 de março de 2015.

Por fim, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 129/131, determinando-se, apenas, a suspensão da audiência designada pra 25 de março de 2015.

As informações foram prestadas às fls. 135/136.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem às fls. 138/144.

O querelante, por seu representante legal, promoveu a juntada de petição, na qual junta fotocópia de escritura pública de declaração, subscrita pela genitora daquele, onde aduz que o veículo, alvo, em tese, do dano, pertence de fato ao querelante.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Os advogados Ricardo Wagner Pedrosa Machado Filho, inscrito na OAB/MS 14.983, e William Wagner Maksoud Machado, inscrito na OAB/MS sob o n. 12.394, impetram *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor de William Maksoud Neto, apontando como autoridade coatora o Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS.

Os impetrantes narram que o paciente figura no pólo passivo de uma queixa-crime pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 163, § único, IV, do Código Penal.

De início, alega ilegitimidade de parte, haja vista o querelante não ser proprietário do veículo.

No mérito, propugna pela atipicidade da conduta, em razão de ter sido praticado sem dolo, tratando-se, portanto, de um acidente.

Afirma, ainda, que o paciente irá submeter-se ao exame da Ordem dos Advogados do Brasil, e a tramitação do feito originária lhe trará prejuízos no sentido de ver sua inscrição indeferida.

Assim, requer o deferimento da liminar, a fim de ver suspenso andamento da aludida ação, e, por conseguinte, da audiência de instrução e julgamento designada para 24 de março de 2015.

Por fim, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 129/131, determinando-se, apenas, a suspensão da audiência designada pra 25 de março de 2015.

As informações foram prestadas às fls. 135/136.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem às fls. 138/144.

O querelante, por seu representante legal, promoveu a juntada de petição, na qual junta fotocópia de escritura pública de declaração, subscrita pela genitora daquele, onde aduz que o veículo, alvo, em tese, do dano, pertence de fato ao querelante.

Era o que me cabia rememorar.

A ordem deve ser concedida**.**

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado com o fim de se ver trancada a ação penal privada de n. 0012250-02.2012.8.12.0110, a qual foi proposta por Eduardo Mequi de Oliveira em face de William Maksoud Neto, sob o argumento de ter o querelado praticado o crime previsto no artigo 163, IV, do Código Penal.

Através do Sistema de Automação da Justiça-SAJ, em consulta aos autos principais, verifico que a ação foi proposta com fulcro no Boletim de Ocorrências n° 11596/2012, o qual foi redigido nos seguintes termos, *in verbis:*

> *"(...) Comparece nesta DEPAC o comunicante/vítima informando que por volta das 01:30hs estava saindo da casa de sua amiga IZABELA DE PAULA quando o ex-namorado de Izabela começou a segui-los e acabou por fechar o seu trajeto na Rua Pedro Celestino próximo à pedreira. Que o comunicante/vítima conseguiu se desvencilhar do autor e arrancar com seu veículo, que o autor continuou seguindo e atingiu a dianteira de seu veículo FIAT/ LINEA cuja placa a testemunha somente se recorda da numeração NRJ – 1386, causando danos em sua traseira . Que depois da batida o comunicante/vítima desceu do veículo para conversar, que o autor abriu a porta do veículo no momento que a comunicante/vítima pegando a testemunha pelos braços tentando tirá-la do interior do veículo momento em que o comunicante/vítima interveio chamando a atenção do autor, que se assustou e pegou o seu celular e ligou para um desconhecido pedindo para descer para o local com umas dez pessoas dizendo que o comunicante/vítima estaria o ameaçando. Que temendo por sua integridade física do comunicante/vítima a testemunha pediu para que saíssem do local e se dirigissem para a delegacia.(...)"*

Verifico ainda, que no âmbito cível, foi proposta a ação de n° 0810021-36.2012.8.12.0110, a qual versa sobre os mesmos fatos, sendo que em tais autos a sentença já foi prolatada, a qual entendo por bem escrever:

> *"(...) Nadja Said Velasquez Maksoud, já qualificada nos autos da Ação de Obrigação de Fazer C.C Lucros Cessantes C.C Indenização por Danos Morais, que move em face de Itau Seguros de Auto e Residência S/A, alegando, em síntese, que a seguradora se nega a efetuar o conserto do seu veículo, vez que entende que o filho da autora que teria dado causa ao acidente. Pugna pela condenação da requerida a efetuar o conserto do veículo, bem como também, indenização pelos lucros cessantes e danos morais. (...) Verifica-se que a ré se nega a efetuar o conserto do veículo, pelo fato de entender que a causa do sinistro teria sido dada pelo próprio filho da requerente, que ao perseguir o veículo envolvido no acidente, veio a colidir na traseira de propósito, pois perseguia sua ex-namorada.*
>
> *Não lhe assiste sorte.*
>
> *Diante da documentação juntada aos autos e pelos depoimentos dos informantes arrolados nos processos, chega-se a conclusão que o veículo atingido, dirigido pelo segundo informante, veio a frear bruscamente na via, não tendo sido possível que o filho da autora conseguisse efetuar a parada de forma segura e assim evitar a colisão.*
>
> *Ambos os informantes são claros ao dizer que houve a parada brusca, sendo que o próprio informante da ré, que no caso era o condutor do veículo atingido, se manifesta no sentido de dizer que realmente efetuou a parada.*
>
> *Ademais, ante a inversão do ônus da prova, deveria a requerida ter comprovado suas alegações, já que este ônus lhe incumbia, procedimento este que não o fez, não sendo possível aceitar como prova apenas alegações.*

> *Desta forma, não se verifica nos autos qualquer culpa do filho da autora, pois ficou comprovado que a colisão se deu por ter o informante efetuado uma parada brusca no meio da Rua Pedro Celestino, não dando qualquer chance do mesmo conseguir desviar e evitar o acidente. (...) - grifei*

Pois bem, ao se analisar a pretensão do autor verifico a mesma merece prosperar, pelos fatos que passarei a explanar.

Em verdade, para que o crime de dano se configure na esfera penal necessário é a comprovação de que o autor agiu com dolo, como leciona Cleber Masson:

> *"(...) Dolo de dano ou de lesão é o que se dá quando o agente quer ou assume o risco de lesionar um bem jurídico penalmente tutelado.* ***É exigido para a prática de um crime de dano.*** *(...)"* (Curso de Direito Processual Penal; Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar; 8ª edição|2013; Editora Jus Podivm; Salvador; fl.157) - grifei

Neste passo, já restando comprovado nos autos n. 0810021-36.2012.8.12.0110 que o paciente não agiu com dolo, concluo pela ausência da condição da ação – possibilidade jurídica do pedido -, consoante os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) Para que haja ação penal, é fundamental existir, ao menos em tese e de acordo com uma demonstração prévia e provisória, uma infração penal. Logicamente, nada impede que, diante do mecanismo existente de produção de prova pré-constituída (inquérito policial ou procedimento legal que o substitua) – para garantia do próprio indiciado – verifique o juiz que não há possibilidade para o pedido formulado, rejeitando desde logo a denúncia. Invadiu o mérito, porque o primeiro estágio da persecução penal (investigação) trouxe provas suficientes da inviabilidade de realização do segundo estágio, isto é, do ajuizamento da ação com todos o constrangimento que tal situação acarreta ao réu.*
>
> *A possibilidade jurídica do pedido liga-se apenas à viabilidade de ajuizamento da ação penal para que, ao final, seja produzido um juízo de mérito pelo magistrado, não significando que não possa haver, desde logo, quando for possível, a antecipação dessa avaliação de mérito, encerrando-se de vez a questão, quando as provas permitirem, no interesse do próprio indivíduo (...)"*(Manual de Processo Penal e Execução Penal; Guilherme de Souza Nucci; 10/01/2014; Edição: 11ª edição|2014; Editora Forense; Rio de Janeiro; fls.144-146)

Portanto, cabível é o trancamento da ação penal em relação ao paciente, nos termos do magistério de Guilherme de Souza Nucci, transcrevo:

> *"(...) O deferimento de habeas corpus para trancar ação penal é medida excepcional. Somente deve o juiz ou tribunal conceder a ordem quando manifestamente indevido o ajuizamento da ação. A falta de tipicidade, por exemplo, é motivo de trancamento.*
>
> *Diversamente do inquérito, que pode iniciar do zero em busca de provas da materialidade do crime e de quem seja o seu autor, bastando que a autoridade policial tenha notícia de sua prática, a ação penal depende, desde o princípio, de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.*
>
> *O recebimento da denúncia (ação pública conduzida pelo Ministério Público) ou queixa (ação privada ajuizada pela vítima) deve estar lastreado pelas provas pré-constituídas, coletadas ao longo da investigação, provando-se, de antemão ao juiz, haver justa causa para o seu ajuizamento. Cabe o trancamento da ação, quando recebida a peça acusatória, não existindo prova do delito ou fundada suspeita de que o autor é o denunciado.*

> *Além disso, pode-se trancar a ação penal, quando ficar evidente pelas provas colhidas durante a investigação, inexistir fato ilícito (estiver presente causa excludente de ilicitude) ou não culpável (presença de causa de excludente de culpabilidade) (...)"*(Habeas Corpus; Guilherme de Souza Nucci; 1ª Edição; 2014; Editora: Método / Forense, Rio de Janeiro; fls.101-102).

Sobre a excepcionalidade do trancamento da ação penal, destaco jurisprudência:

> *"DIREITO PROCESUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESPECIALIZADA EM ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL E FRAUDE FISCAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. 2. ILEGITIMIDADE PASIVA AD CAUSAM. INEXISTÊNCIA. NECESIDADE REEXAME DE FATOS E PROVAS. 3. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Para que seja possível o trancamento de uma ação penal é necessário que se mostre evidente a atipicidade do fato, se verifique a absoluta falta de indícios de materialidade e de autoria do delito ou que esteja presente uma causa extintiva da punibilidade, hipóteses não encontradas no presente caso.*
>
> *2. Incabível o reconhecimento da alegada ilegitimidade passiva ad causam, pois a sua verificação requisita um confronto com as alegações do coréu delator, providência que implica, necessariamente, no reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que é incompatível com a estreita via do habeas corpus. 3. Habeas corpus denegado."* (HC 17.120/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, julgado em 15/12/201, DJe 07/02/2012) Julgado em 14/01/2010)

Ante o exposto, e, com o parecer, concedo a ordem de *habeas corpus*, trancando a ação penal de n. 0012250-02.2012.8.12.0110 em relação ao paciente William Maksoude Neto, ante a atipicidade da conduta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 16 de abril de 2015.

***

Seção Criminal
Desaforamento de Julgamento n. 1403825-35.2015.8.12.0000 - Ponta Porã
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – DESAFORAMENTO – MEDIDA EXCEPCIONAL – DÚVIDA SOBRE IMPARCIALIDADE DOS JURADOS – RÉU POLICIAL MILITAR HÁ 29 ANOS NA COMARCA DE PONTA PORÃ QUE VEM CONVIDANDO OS SEUS COLEGAS E A POPULAÇÃO A ESTAREM PRESENTES EM PLENÁRIO– ALEGAÇÕES DEMONSTRADAS – PEDIDO DEFERIDO.

I - Vê-se no caso em apreço que resta clara a probabilidade de imparcialidade do corpo de jurados, porquanto o acusado é policial civil e atua na cidade de Ponta Porã/MS há cerca de 29 anos e, em razão do cargo em que ocupa, vem "convidando" seus colegas policiais, bem como a população em geral, para comparecerem no dia do julgamento com o intuito de promover mobilizações em prol de demonstrar a força e união entre os policiais, assim como promover "campanha" a favor da punição dos delinquentes em detrimento das injustiças e retaliações que os policiais vêm sofrendo, o que, por certo, geraria o receito dos jurados em contrariar uma plateia mobilizada em prol do réu.

II - Destarte, diante das razões apresentadas pelo requerente, confirmada pela manifestação de alto relevo fornecida pelo magistrado Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Ponta Porã/MS, e aceita pela Procuradoria de Justiça, verificam-se presentes os requisitos que justificam o acolhimento da excepcionalidade do desaforamento, ante a evidente dúvida acerca da imparcialidade do Júri nos termos do art. 427 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual designo a Comarca de Dourados/MS para o julgamento do feito.

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, deferir o pedido de desaforamento. Ausente, justificadamente, o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 10 de junho de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O Ministério Público Estadual ajuíza pedido de desaforamento do julgamento do acusado Vicente Gonzales Bermejo, denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2.º, inc. IV, do Código Penal e pronunciado pelo art. 121, *caput*, do mesmo diploma legal, nos autos da ação penal n. 0005013-06.2006.8.12.0019, que tramita perante o Juízo de Ponta Porã/MS (1.ª Vara Criminal), com julgamento para o dia 14.04.2015.

Relata, em síntese, que o acusado é policial civil do município de Ponta Porã e, em 29.10.2006, fazendo uso de uma arma de fogo do tipo espingarda calibre 12, desferiu um disparo contra a vítima Milciades Benites Gonzales (pelas costas), assumindo o risco de produzir o resultado morte, que de fato aconteceu em razão da gravidade dos ferimentos.

Expõe, ainda, que assim que a sessão do Júri foi marcada (14.04.2014), o réu iniciou campanha junto aos colegas da Polícia, "convidando" a todos para estarem presentes em plenário, com vista a "demonstrar a força e a união das polícias".

Aduz que o acusado vem trabalhando para que, no dia do julgamento, o plenário esteja lotado de Policiais da Comarca e de fora dela, situação esta que fatalmente interferirá na tranquilidade e imparcialidade dos jurados.

Alega que, recentemente, no dia 18 de março de 2015, o Policial Civil Cláudio Duarte foi morto em Ponta Porã/MS, ao enfrentar-se com assaltantes, gerando comoção local.

Pondera que os motivos que autorizam o desaforamento estão elencados nos arts. 427 e 428 do Código de Processo Penal, uma vez que há incerteza quanto a imparcialidade do julgamento, em razão do recente homicídio do policial Cláudio Duarte, associado a campanha realizada pelo acusado.

Desta forma, requer seja determinado o desaforamento do julgamento do acusado Vicente Gonzales Bermejo, referente aos autos n. 0005013.06.2006.8.12.0019 para outra comarca, de modo a assegurar a imparcialidade do Júri Popular.

Após análise do pedido de desaforamento, entendi por bem determinar a suspensão da sessão do julgamento pelo Júri nos termos do § 2.º do art. 427 do Código de Processo Penal.

Informações prestadas às fls. 806 - 807.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 825 – 837), opina pelo deferimento do pedido de desaforamento.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O Ministério Público Estadual ajuíza pedido de desaforamento do julgamento do acusado Vicente Gonzales Bermejo, denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2.º, inc. IV, do Código Penal e pronunciado pelo art. 121, *caput*, do mesmo diploma legal, nos autos da ação penal n. 0005013-06.2006.8.12.0019, que tramita perante o Juízo de Ponta Porã/MS (1.ª Vara Criminal), com julgamento para o dia 14.04.2015.

Relata, em síntese, que o acusado é policial civil do município de Ponta Porã e, em 29.10.2006, fazendo uso de uma arma de fogo do tipo espingarda calibre 12, desferiu um disparo contra a vítima Milciades Benites Gonzales (pelas costas), assumindo o risco de produzir o resultado morte, que de fato aconteceu em razão da gravidade dos ferimentos.

Expõe, ainda, que assim que a sessão do Júri foi marcada (14.04.2014), o réu iniciou campanha junto aos colegas da Polícia, "convidando" a todos para estarem presentes em plenário, com vista a "demonstrar a força e a união das polícias".

Aduz que o acusado vem trabalhando para que, no dia do julgamento, o plenário esteja lotado de Policiais da Comarca e de fora dela, situação esta que fatalmente interferirá na tranquilidade e imparcialidade dos jurados.

Alega que, recentemente, no dia 18 de março de 2015, o Policial Civil Cláudio Duarte foi morto em Ponta Porã/MS, ao enfrentar-se com assaltantes, gerando comoção local.

Pondera que os motivos que autorizam o desaforamento estão elencados nos arts. 427 e 428 do Código de Processo Penal, uma vez que há incerteza quanto a imparcialidade do julgamento, em razão do recente homicídio do policial Cláudio Duarte, associado a campanha realizada pelo acusado.

Desta forma, requer seja determinado o desaforamento do julgamento do acusado Vicente Gonzales Bermejo, referente aos autos n. 0005013.06.2006.8.12.0019 para outra comarca, de modo a assegurar a imparcialidade do Júri Popular.

Após análise do pedido de desaforamento, entendi por bem determinar a suspensão da sessão do julgamento pelo Júri nos termos do § 2.º do art. 427 do Código de Processo Penal, bem como solicitar informações ao Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã/MS e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 602 – 603).

Passo à análise do pedido.

O Código de Processo Penal prevê hipótese de deslocamento da competência territorial para realização do Tribunal do Júri se houver dúvida acerca da imparcialidade do corpo de jurados.

Ao prestar informações o magistrado singelo consignou (fls. 806 - 807):

> *"(...) Compulsando-se os autos, verifica-se que o Ministério Público juntou às fls. 480-504 cópia da petição de desaforamento endereçado a esse Egrégio Tribunal, sedo que, em razão disso, este juízo já proferiu decisão na data de 7.4.2015 (f. 505), determinando a suspensão da Sessão do Tribunal do Júri designada para o dia 14.4.2015.*
>
> *No que tange aos fundamentos do pedido de desaforamento formulado pela representante ministerial, entendo que o pedido é pertinente, com a finalidade de se garantir a imparcialidade do corpo dos jurados, tendo em vista que o réu é policial civil lotado nesta comarca, e solicitou "apoio" à população e aos demais membros das polícias para comparecerem à sessão de julgamento designada para o dia 14.4.2015, consoante documentos anexados à petição que comunicou o pedido de desaforamento, aliado ainda ao fato do recente assassinato do Policial Civil Cláudio Roberto Alves Duarte em confronto com assaltantes, o que gerou enorme clamor público e comoção social na cidade.*
>
> *Por tudo que foi dito acima, entendo que é válida a preocupação do Ministério Público, no tocante à parcialidade dos Jurados, o que pode gerar um pré-veredito. Tal situação é absolutamente excepcional, mas, a meu ver, torna necessário o desaforamento para garantir a realização da Justiça e a imparcialidade do Conselho de Sentença.*
>
> *Nessa ordem de ideias, levando-se em conta todas as ponderações realizadas pelo órgão ministerial, é possível que nesta comarca não será formado um Conselho de Sentença imparcial.*
>
> *Esperando serem suficientes as informações acima prestadas e, continuando à disposição de Vossa Excelência para outras que entenda necessárias, renovo homenagens de estima e consideração. (...)"*

Vê-se no caso em apreço resta clara a probabilidade de parcialidade do corpo de jurados, porquanto o acusado é policial civil e atua na cidade de Ponta Porã/MS há cerca de 29 anos e, em razão do cargo em que ocupa, vem "convidando" seus colegas policiais, bem como a população em geral, para comparecerem no dia do julgamento com o intuito de promover mobilizações em prol de demonstrar a força e união entre os policiais, assim como promover "campanha" a favor da punição dos delinquentes em detrimento das injustiças e retaliações que os policiais vêm sofrendo, o que, por certo, geraria o receito dos jurados em contrariar uma plateia mobilizada em prol do réu.

Em casos tais recomenda-se o desaforamento, eis que *"há permissão de deslocamento da competência territorial quando estiver comprometido o julgamento no local originário em razão da falta de segurança para realização da sessão. Essa comprovação deve ser cabal de que o julgamento poderá ocasionar distúrbios locais (por conta de eventual comoção local, mormente em pequenas localidades) ou até o comprometimento (isenção) do conselho de sentença"*[1].

Em idêntico sentido posiciona-se a jurisprudência:

> *Assim, diante das peculiaridades do caso o desaforamento é medida de direito.*
>
> *DESAFORAMENTO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – COMOÇÃO NA SOCIEDADE LOCAL – RISCO À SEGURANÇA DO ACUSADO – DEFERIMENTO. Comprovado que o crime de homicídio qualificado causou comoção na sociedade local havendo, inclusive, risco à segurança pessoal do acusado, é medida de rigor o desaforamento para realização do Tribunal do Júri em outra comarca, a fim de garantir a constituição de um Corpo de Jurados imparcial. Desaforamento deferido ante a existência de dúvida acerca da imparcialidade dos jurados.* (Autos n. 1407010-18.2014.8.12.0000 – Seção Criminal – Des. Rel. Carlos Eduardo Contar – julgamento em 12/08/2014)
>
> *DESAFORAMENTO REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - MEDIDA EXCEPCIONAL DÚVIDA SOBRE IMPARCIALIDADE DOS JURADOS – EVIDENTE A PERICULOSIDADE DO ACUSADO - ALEGAÇÕES DEMONSTRADAS - PEDIDO DEFERIDO. 1. Demonstrada a periculosidade do acusado, o qual responde a outras ações penais por crimes dolosos contra a vida. Desta forma, no presente caso o risco à imparcialidade dos jurados não advém de suposições, mas é dado concreto, que deve ser levado em conta por esta Corte. Sérias são as dúvidas de ter-se um julgamento justo, porquanto o fato de o corpo de jurados constituírem-se, na sua maioria, de pessoas que possuem temor do acusado, tendo em vista sua periculosidade, o que é circunstância pré-existente a ser considerada. O magistrado singular, que sabidamente está mais próximo aos fatos e sensível à reação da comunidade local, informou acerca da possível imparcialidade do Corpo de Jurados. Ademais, trata-se de Comarca pequena, em que a manutenção do julgamento traria risco à ordem pública. 2. Designada a Comarca de Dourados para realização do Júri, pois é a segunda maior do Estado e o requerente alerta que em cidades vizinhas persistem as situações alegadas no pedido, o que se constata da grande repercussão da suposta participação do réu em diversos crimes dolosos contra a vida na região, impingindo temor às pessoas.* (Autos n. 4012189-78.2013.8.12.0000 – Seção Criminal – Des. Rel. Dorival Moreira dos Santos – julgamento em 22/04/2014)

Destarte, diante das razões apresentadas pelo requerente, confirmada pela manifestação de alto relevo fornecida pelo magistrado Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Ponta Porã/MS (fls. 806 – 807), e aceita pela Procuradoria de Justiça (fls. 825 - 837), verificam-se presentes os requisitos que justificam o acolhimento da excepcionalidade do desaforamento, ante a evidente dúvida acerca da imparcialidade do

1 PACELLI, Eugênio. Comentários aos Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 917.

Júri nos termos do art. 427 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual designo a Comarca de Dourados/MS para o julgamento do feito.

Ante o exposto, defiro o pedido de desaforamento interposto pelo *parquet* devendo a sessão do Tribunal do Júri ser realizada na Comarca de Dourados/MS, para onde deverão ser remetidos os autos de imediato.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deferiram o pedido de desaforamento. ausente, justificadamente, o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 10 de junho de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000661-36.2014.8.12.0015/50000 – Miranda
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERESTADUAL – ART. 40, V, da LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA.

Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06 é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre unidades da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual. Reconhece-se a interestadualidade do tráfico quando a prova demonstra que a intenção era a de transportar a substância entorpecente apreendida para o Estado de Minas Gerais.

Embargos rejeitados**.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor e o Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Decisão com o parecer. Ausentes, por férias, os Desembargadores Luiz Gonzaga Mendes Marques e Carlos Eduardo Contar e, justificadamente, o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 29 de abril de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Deyson Ruan Souza Silva, contra o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (a f. 453-75) que, por maioria, nos termos do voto do Relator – Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques -, deu parcial provimento ao recurso interposto em seu favor apenas para redimensionar a pena-base , fixando-a em: 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 566 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput,* c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, e; 05 meses de detenção, em regime aberto, por infração ao art. 310 da Lei 9.503/97.

Nas razões a f. 01-08, pretende a prevalência do voto vencido proferido pelo 1º Vogal - Des. Ruy Celso Barbosa Florence -, que deu provimento ao recurso em maior extensão, afastando a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer a f. 13-21, opina pelo não acolhimento dos embargos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Deyson Ruan Souza Silva, contra o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (a f. 453-75) que, por maioria, nos termos do voto do Relator – Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques -, deu parcial provimento ao recurso interposto em seu favor apenas para redimensionar a pena-base , fixando-a em 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 566 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput,* c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, e 05 meses de detenção, em regime aberto, por infração ao art. 310 da Lei 9.503/97.

Conforme expõe a f. 01-08, pretende a prevalência do voto vencido, proferido pelo 1º Vogal - Des. Ruy Celso Barbosa Florence -, que deu provimento ao recurso em maior extensão, afastando a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer a f. 13-21, opina pelo não acolhimento dos embargos.

Os embargos infringentes são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

Como visto, o objeto de divergência consiste na aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/2006, que se refere ao tráfico interestadual.

Para melhor apreciação da insurgência trazida, segue, no que importa, o voto dissidente:

> *"Acompanho o e. relator em parte para dar provimento aos recursos em maior extensão, pois divirjo de seu voto somente no que tange ao afastamento da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *A despeito da existência de julgados em sentido contrário, entendo que, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, é imprescindível que haja a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação* (cf. TJMS, 2ª Câmara Criminal, AC 2012.013954-2, Rel. Designado Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 04.6.2012; AC 2012.012640-4, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 21.5.2012).
>
> *Isso porque não se pode malferir o princípio da legalidade estrita, porquanto o dispositivo menciona que a pena deve ser aumentada quando o tráfico entre Estados da Federação estiver caracterizado, ou seja, a situação deve estar devidamente concretizada e não se tratar de hipótese, ainda que provável.*
>
> *Outrossim, descabe ao Direito Penal punir intenções, mas atos realizados que sejam objetivamente verificáveis, dado que é impossível incursionar-se na mente do agente para determinar o que está cogitando.*
>
> *E principalmente, porque o objetivo da causa de aumento, em punir com maior rigor a disseminação da droga em mais de um Estado não se verificou.*
>
> *De tal sorte que deve ser afastada a referida causa de aumento aplicada na sentença.*
>
> *Assim, observando-se a dosimetria da pena realizada pelo e. Relator, com a exclusão da majorante, a pena definitiva do apelante Deyson Ruan Souza Silva pelo crime de tráfico de drogas fica estabelecida em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado e*

500 dias-multa, no valor unitário mínimo, enquanto a pena definitiva da apelante Maria Aparecida Rocha de Oliveira, pelo mesmo delito, resulta em 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado e 600 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Diante do exposto, dou provimento aos recursos defensivos em maior extensão que o e. Relator afastando também a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 das condenações pela prática do crime de tráfico de drogas".

Os embargos infringentes não merecem acolhimento.

Conforme comprovado pelas provas erigidas aos autos, o ora embargante - Deyson Ruan Souza Silva – em coautoria com Maria Aparecida Rocha de Oliveira, foi flagrado transportando, no interior do veículo Toyota Corolla, placas DMX 5465/MG, 20,965 Kg de cocaína, dividida e embalada em 20 tabletes, sendo que referido entorpecente – que fora adquirido em Corumbá-MS – estava sendo transportado para o Estado de Minas Gerais.

Embora na hipótese vertente não tenha existido a efetiva transposição do entorpecente para o Estado de Minas Gerais, tal fato não afasta a aplicabilidade da regra do artigo 40, V, da Lei n.º 11.343/2006, que prevê o aumento de pena de um sexto a dois terços, pois basta a intenção do agente em conduzir o entorpecente a outro Estado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou-se nesse sentido, como se vê:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. FOLHA DE ANTECEDENTES. SUFICIÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. INTERESTADUALIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO DE REALIZAR O TRÁFICO ENTRE ESTADOS. SUFICIÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1 . (...) 2. (...) 3. Esta Corte já assentou o entendimento no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06 é desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.

4. Habeas Corpus não conhecido" (HC 284910 / MS - HABEAS CORPUS 2013/0411311-9 – n.º Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura (1131) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento: 26/08/2014 - Data da Publicação/ Fonte DJe 05/09/2014).

Também assim a deste E. Tribunal:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO MINISTERIAL – PROVAS CONTUNDENTES DA TRAFICÂNCIA EM TRANSPORTE PÚBLICO – RECONHECIDA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, LEI 11.343/06 – RECURSO PROVIDO.

Verificado no conjunto probatório que a agente transportava a droga em transporte público (ônibus), impõe-se o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06.

> *APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO – REDUÇÃO OPERADA – COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE E A AGRAVANTE – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO ART. 67 DO CP – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO V DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/06 – DROGA QUE SERIA DESTINADA A OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *A existência de circunstâncias judiciais negativas permite a fixação da pena acima do mínimo legal. Porém, verificada a desproporcionalidade do aumento, impõe-se a redução para patamar adequado.*
>
> *Nos termos do art. 67 do Código Penal, em concurso de atenuantes e agravantes, a reincidência é quem prepondera sobre a confissão espontânea, não podendo a atenuante gerar a diminuição da pena ou ser compensada com aquela.*
>
> *Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, não é necessário a efetiva transposição de fronteiras estaduais, bastando, para tanto, a mera intenção do agente em transportar a substância entorpecente para outro Estado da Federação"* (Apelação - Nº 0002115-97.2013.8.12.0011 – Coxim Relator designado – Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal - D.J.: 3 de novembro de 2014).

De tal forma, demonstrado que a vontade do agente era a de transportar a substância entorpecente para outra unidade da Federação, desiderato não atingido apenas em razão da apreensão antes da transposição da fronteira, impositiva a aplicação da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento aos presentes embargos infringentes.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

Vou divergir do e. Relator para dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto dissidente, da lavra do e. Des. Ruy C. B. Florence, proferido no julgamento do recurso de apelação criminal, que afastou o tráfico interestadual.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal)

Acompanho o voto do Revisor.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor e o des. Ruy Celso Barbosa Florence. Decisão com o parecer. Ausentes, por férias, os desembargadores Luiz Gonzaga Mendes Marques e Carlos Eduardo Contar e, justificadamente, o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 29 de abril de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0010572-48.2013.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217-A, DO CP – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – CONSENTIMENTO IRRELEVANTE – PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA – ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO – SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA – REDUÇÃO PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO – IMPOSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO DO REGIME PARA SEMIABERTO – CONDENAÇÃO IGUAL A 10 ANOS – REGIME FECHADO – RECURSO IMPROVIDO.

I – No delito de estupro de vulnerável - Artigo 217-A do Código Penal -, a presunção de vulnerabilidade atribuída à vítima é absoluta. Independentemente de ser virgem ou experiente em práticas delituosas, a pessoa menor de 14 anos é vulnerável em razão da idade, da personalidade ainda em formação, e deve, portanto, ser protegida, e não explorada, sendo este um dever de todos, com absoluta prioridade. Por isso mesmo, quem explora, por qualquer meio ou forma, ao invés de proteger, sujeita-se a severa punição, nos termos do art. 227 e § 4º, da Constituição Federal.

II – A presença de atenuantes genéricas não possibilita a redução da pena-base para aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria a teor do enunciado da Súmula 231, do STJ.

IV – Agente condenado a pena superior a 08 anos, por expressa disposição de lei, deve iniciar o cumprimento da pena no regime fechado.

V – Recurso Improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento.

Campo Grande, 11 de junho de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Surianinho Batista, parte qualificada nos autos, inconformado com a sentença de f. 92-96 que o condenou à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado por infração ao art. 217-A c/c art. 71 (quatro vezes), ambos do Código Penal, interpõe a presente Apelação Criminal pela qual, segundo as razões expostas a f. 103-116, postula: 1º - A incidência da relativização da violência presumida e, por conseguinte, sua absolvição, já que a vítima consentiu com a prática sexual e não sofreu danos físicos ou psicológicos; 2º - Eventualmente, caso mantida a condenação, o reconhecimento das atenuantes genéricas da menoridade

relativa e confissão espontânea para que seja reduzida a pena base abaixo do mínimo legal; 3.º Alteração do regime inicial de cumprimento de pena, por ser direito ter a pena base fixada fixada abaixo do mínimo, devido as atenuantes da confissão e menoridade relativa, sendo cabível o regime semiaberto, nos termos do artigo 33, §2.º, "b", do Código Penal e por não existir circunstância judicial desfavorável.

Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca da negativa de vigência aos princípios constitucionais do devido processo legal, da verdade real e da presunção de inocência, todos previstos no artigo 5.º da Constituição Federal; artigo 65, incisos I e III, "d", do Código Penal; artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 118-139, pugnando pelo improvimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 151- 159, opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Surianinho Batista contra a sentença de f. 92-96 que o condenou à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado por infração ao art. 217-A c/c art. 71 (quatro vezes), ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que:

> *"(...) durante o mês de setembro de 2012, no interior da Reserva Indígena Bororó, nesta urbe, o denunciado manteve conjunção carnal, por quatro vezes, com a vítima V. D. R., que contava, à época, com apenas 11 (onze) anos de idade, consoante evidencia o laudo de exame de corpo delito inserto à p.17.*
>
> *Vislumbra-se do presente inquérito policial que a ofendida conheceu o increpado na estrada da aldeia onde reside, por meio da prima dele, Fernanda.*
>
> *Nesse eito, o indigitado abordou a ofendida e lhe pontuou que procurava uma mulher para fazer sexo. Sendo mais experiente e ex-presidiário, detentor, portanto, de diversas artimanhas, convenceu a criança V. D. R. a fazê-lo, em troca de drogas. Logo em seguida, combinaram de se encontrar no reportado num açude, às 15h, em uma quinta-feira do mês de setembro de 2012.*
>
> *Chegando ao local, o denunciado mostrou 3 (três) invólucros de "crack", que trazia consigo, e consumiu o narcótico junto com ela. Sequencialmente, Surianinho Batista explicitou que queria fazer sexo com V. D. R., de modo que ambos se despiram e mantiveram conjunção carnal.*
>
> *Neste interregno, após o ato sexual, o denunciado ameaçou a vítima de morte, caso ela contasse para alguém acerca do ocorrido. Todavia, mesmo assim, ainda se encontraram mais 3 (três) vezes. Em todos os encontros, que eram realizados sempre no mesmo lugar e horário, praticavam a conjunção carnal e o denunciado lhe repassava drogas.*
>
> *Passado algum tempo, o genitor da vítima, J. D. da S., recebeu uma ligação tefefônica de A. P., esposa do increpado, dizendo que V. D. R. estava tendo um relacionamento amoroso com Surianinho Batista, bem como que ambos estavam se drogando.*
>
> *Diante de tais informes, J.D. da S. procurou a Delegacia de Polícia, em cujo local registrou boletim de ocorência." (sic).*

Por inconformar-se com a sentença a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 103-116 visa: 1º - A incidência da relativização da violência presumida e, por conseguinte, sua absolvição, já que a vítima consentiu com a prática sexual e não sofreu danos físicos ou psicológicos; 2º - Eventualmente, caso mantida a condenação, o reconhecimento das atenuantes genéricas da menoridade relativa e confissão espontânea para que seja reduzida a pena base abaixo do mínimo legal; 3.º Alteração do regime inicial de cumprimento de pena, por ser direito ter a pena base fixada fixada abaixo do mínimo, devido as atenuantes da confissão e menoridade relativa, sendo cabível o regime semiaberto, nos termos do artigo 33, §2.º, "b", do Código Penal e por não existir circunstância judicial desfavorável. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca da negativa de vigência aos princípios constitucionais do devido processo legal, da verdade real e da presunção de inocência, todos previstos no artigo 5.º da Constituição Federal; artigo 65, incisos I e III, "d", do Código Penal; artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 118-139, pugnando pelo improvimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 151- 159, opina pelo improvimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

1º - Relativização da violência presumida e, por conseguinte, sua absolvição, já que a vítima consentiu com a prática sexual e não sofreu danos físicos ou psicológicos.

O apelante sustenta que na hipótese vertente é de se aplicar a relativização da violência presumida, pois a vítima não era mais virgem à época dos fatos e consentiu com o ato sexual.

O argumento não se sustenta.

Vulnerável, na expressão aferida pelo art. 217-A do Código Penal, é a pessoa menor de 14 (quatorze) anos que, por sua personalidade ainda em formação, está sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual.

Virgem ou não, experiente ou não em práticas delituosas, é vulnerável em razão da idade, da personalidade ainda em formação, e deve, portanto, ser protegida, e não explorada, sendo este um dever de todos, com absoluta prioridade. Por isso mesmo, quem explora, por qualquer meio ou forma, ao invés de proteger, sujeita-se a severa punição, conforme dispõe o art. 227, e seu § 4º, da Constituição Federal:

> *Art. 227. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º - **A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente." (sem grifo na fonte).***

E uma das formas de severa punição foi lançada no art. 217-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 12.015/09, que tipificou o delito de estupro de vulnerável, em cuja sanção incorre quem pratica conjunção carnal e/ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos. Confira-se:

> *"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos:*
>
> *Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos."*

A questão da exploração sexual do menor tem ocupado espaço em diversos níveis de discussão em razão da relevância do bem jurídico tutelado. Não é por acaso que o legislador reservou um capítulo especificamente voltado para a proteção do menor e dar maior efetividade ao art. 227, § 4º, da Constituição Federal, acima transcrito.

O objeto central de tutela conferida pela lei é o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, estipulando-se uma presunção absoluta no sentido de que o indivíduo menor de 14 anos não possui maturidade necessária e suficiente para manter com liberdade relações de natureza sexual.

Nesse sentido vem o ensinamento de Cleber Masson, na obra "Direito Penal", vol. 3, parte especial, 4ª ed, Ed. Método, ao discorrer sobre o assunto, no tema "Dos crimes sexuais contra vulnerável", p. 54. Veja-se:

> *"A escolha é objetiva, razão pela qual não há espaço para discutir eventual possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis, em decorrência de questões ligadas à educação, ao passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida".*

Assim também Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, na obra "Manual de Direito Penal", II, Parte Especial, 28ª Edição Revista e Atualizada, Ed. Atlas, p. 409, discorrendo sobre o mesmo tema, "Dos crimes sexuais contra vulnerável" ensina:

> *"(...) Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência (item 23.1.1), configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral (item 22.1.1)."*

De tal forma, o apelante esgrima com uma tese absolutamente superada e que, mesmo antes da vigência da Lei nº 12.015/09, encontrava muita resistência.

Assim, a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos é absoluta, o que implica na invalidade do seu eventual consentimento. Daí decorre também que, para a configuração do delito em questão, não se exige que o agente empregue violência ou grave ameaça, basta a prática de um dos atos sexuais (conjunção ou ato libidinoso) com pessoa vulnerável.

Por pertinente, transcrevo a lição de Cleber Masson, extraído da obra "Direito Penal", já citada[1], ao discorrer sobre o assunto no mesmo tema "Dos crimes sexuais contra vulnerável", p. 53:

> *"Para a caracterização destes crimes é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas. Consequentemente, o aperfeiçoamento dos delitos independe do emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Em síntese, o sistema jurídico impede o relacionamento sexual ilícito com vulneráveis".*

E a jurisprudência ratifica. Confira-se (sem grifos na origem):

> *"RECURSO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. Estupro de vulnerável (art. 217-a, caput, por três vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal). Rejeição da denúncia por ausência de justa causa, nos termos do art. 395, III, do código de processo penal. Insurgência do órgão ministerial. Pretenso recebimento da denúncia e*

1 Vol. 3, parte especial, 4ª ed, Ed. Método.

prosseguimento do feito. Viabilidade. Existência de elementos necessários para o início da ação penal. Consentimento da ofendida que não detém nenhuma relevância na hipótese. Atos praticados contra menor de 14 (quatorze) anos. Presunção absoluta de violência. Recurso conhecido e provido. (TJSC; RCR 2014.065290-5; Herval D'Oeste; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Marli Mosimann Vargas; Julg. 21/10/2014; DJSC 31/10/2014; Pág. 543)".

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL MÁXIMO DE AUMENTO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO ESTADUAL EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO DESPROVIDO. A jurisprudência deste tribunal é firme no sentido de "a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima" (ut, ERESP 1.152.864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, dje 01/04/2014). É firme a jurisprudência dos tribunais superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas. Incide o Enunciado N. 83/STJ quando a decisão proferida pelo tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta corte. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-AREsp 545.043; Proc. 2014/0170733-5; RO; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Ericson Maranho; DJE 03/11/2014)".

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A presunção de violência prevista no art. 224, "a", do CP é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo. Precedente do ERESP nº. 762.044/SP, terceira seção. 2. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-AREsp 483.793; Proc. 2014/0052111-7; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 13/05/2014)".

Portanto, a presunção que expressa o art. 217-A do CP (estupro de vulnerável) é absoluta, afastando-se de vez qualquer alegação de invulnerabilidade das vítimas.

O caso em exame conclama essa proteção, pois na época dos fatos a vítima contava com apenas 11 (onze anos de idade, de forma que alegar condições de expressar consentimento para a prática de ato sexual em alguém com essa idade atinge as raias do acinte.

Demais, o fato de a vítima ser indígena que, segundo alegações do apelante, tem por cultura, costume e tradição iniciar as atividades sexuais cedo, não lhe favorece porque a Constituição Federal não faz qualquer distinção relativa a raça ou a qualquer outra quando disciplina os direitos das crianças e adolescentes. Ora, o estupro de vulnerável é, sem dúvida, crime grave, que justifica uma maior reprovabilidade diante da fragilidade da vítima, que é criança, sem formação para expressar seu real conhecimento acerca do ato praticado.

Por fim, no caso destes autos, ainda que desnecessário, é possível constatar a imaturidade da vítima porque consta no laudo pericial (f. 67-70), que o pai da menor não a deixa sair de casa, sob o argumento de que ela é muito nova para namorar e precisa estudar, e que após os fatos que deram ensejo ao oferecimento da denúncia, a vítima foi para uma festa no colégio, à noite, onde acabou por levar uma facada nas costas,

o que a fez entender a necessidade que sua família tem de protegê-la. Portanto, denota-se que vítima é vulnerável e precisa dos cuidados da família para compreender a importância de acatar as orientações de seus pais.

Logo, insubsistentes os argumentos do apelante ao sustentar que o ato praticado, ainda que fosse apenas o libidinoso, tenha ocorrido mediante o consentimento da vítima e que não se tratava de pessoa vulnerável.

2.º – Segunda fase da dosimetria: Redução da pena em razão da atenuante da confissão espontânea e menoridade relativa.

Ao contrário do que alega o apelante, as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa foram reconhecidas na segunda fase da dosimetria da pena, porém não foram utilizadas quando da fixação da pena intermediária, posto que a pena-base foi fixada no mínimo legal de 08 (oito) anos, conforme dispõe o artigo 217-A, do Código Penal

A pena-base não pode ser reduzida para aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria em razão da presença de atenuantes genéricas, como é o caso da menoridade relativa e da confissão espontânea, diante do enunciado da Súmula 231, do STJ, assim redigida;

> *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".*

Nesse sentido a lição de André Estefam, na obra "Direito Penal" Esquematizado, parte geral, ed. Saraiva, p. 437:

> *"Estas circunstâncias, que geram a redução da pena na segunda fase de fixação da reprimenda, estão descritas nos arts. 65 e 66 do Código Penal. Apesar de o art. 65 mencionar que as atenuantes sempre reduzem a pena, a verdade é que, se a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal, as atenuantes reconhecidas restarão prejudicadas, pois não poderão fazer com que a pena fique abaixo do mínimo previsto em abstrato, existindo até mesmo súmula do Superior Tribunal de Justiça neste sentido: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"* (Súmula n. 231)."

Oportuna, também, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Código Penal Interpretado, 6.ª edição, p. 556, ed. ATLAS 2008:

> *"Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, segundo jurisprudência dominante, é a de que não podem elas servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente considerada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo".*

No mesmo sentido é a doutrina de Damásio E. De Jesus *in* Direito Penal, vol. 1, p. 506, 1985):

> *"Em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, caput, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal."*

E a jurisprudência disso não destoa (sem grifo na origem):

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 65, III, "D", CP. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚM. 231/STJ. MALFERIMENTO DOS ARTS. 180, § 1º E § 3º DO CP. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚM. 7/STJ. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 255 DO RISTJ. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B" E "C" DO CP. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. DECISÃO RECORRIDA EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. ***Nos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de justiça "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".*** *2. (...) 3. (... 4). (...) 5. Agravos regimentais desprovidos".* (STJ; AgRg-AREsp 480.434; Proc. 2014/0041782-0; SP; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 17/12/2014)".

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. Apelação criminal desafiada pela ré, atacando a sentença que a condenou pela prática do crime de falso testemunho. Insurgência, unicamente, contra a dosimetria da pena, visando ao reconhecimento da atenuante da confissão. Questão versada no apelo que não admite maiores controvérsias, uma vez que o douto julgador de primeiro grau, ao fixar a pena-base, em estrita conformidade com o sistema trifásico, albergado no estatuto repressor, cominou-a no mínimo legal previsto para o crime de falso testemunho, ou seja, em dois anos de reclusão (artigo 342, do código penal). Sendo assim, não há espaço para se considerar a confissão da recorrente, visto ser pacífico que a aplicação de uma atenuante não pode conduzir a pena-base para um patamar menor do que o mínimo legal. ***A esse respeito, inclusive, o Superior Tribunal de justiça editou a Súmula nº 231, cujo enunciado reza que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*** *(...) Apelação improvida".* (TRF 5ª R.; ACR 0000019-29.2013.4.05.8001; AL; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Vladimir Souza Carvalho; DEJF 16/12/2014; Pág. 17)".

"*APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. TESE DEFENSIVA DE AUSÊNCIA DE DOLO. ARGUMENTO REFUTADO. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO QUANTO À COMPROVAÇÃO DO DOLO NA PRÁTICA DA CONDUTA DELITUOSA. PLEITO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. ATUAÇÃO DE ESSENCIAL INFLUÊNCIA NA CONSUMAÇÃO DO DELITO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE RELATIVA À CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA-BASE JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 231 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. (...) 2. (...) 3. (...) 4.* ***A atenuante genérica da confissão espontânea é ineficaz quando a pena-base for fixada no mínimo legal. Corroborando tal entendimento, o STJ editou a Súmula nº 231, reconhecendo expressamente que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"****.* (TJMS; APL 0006381-57.2013.8.12.0002; Dourados; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 16/12/2014; Pág. 77)".

Destarte, mantém-se a pena intermediária condizente ao *quantum* fixado no mínimo legal para a pena base referente ao crime do artigo 217-A, do Código Penal, qual seja, 08 (oito) anos de reclusão.

3.º - Alteração do regime inicial de cumprimento de pena, para o semiaberto, nos termos do artigo 33, §2.º, "b", do Código Penal

Ao contrário do que alega o apelante, a pena intermediária não foi reduzida para aquém do mínimo legal. Por sua vez, como foi reconhecido o crime continuado, aplicou-se a regra do artigo 71 do Código Penal, na fração de 1/4, totalizando a pena definitiva em 10 (dez) anos de reclusão.

Necessário esclarecer que, embora o crime de estupro de vulnerável seja hediondo, na forma prevista no artigo 1.º, VI, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 12015/2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 , c.c. o art. 59 , ambos do Código Penal.

Destarte, para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal com o artigo 59, do mesmo Código. Parte-se da pena concreta (quantidade), de acordo com o disposto pelo § 2º, e retorna-se à análise já realizada das circunstâncias judiciais, nos termos do § 3º.

No caso vertente o apelante não faz jus à regra do artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal, que permite o início do cumprimento da pena em regime semiaberto para o condenado cuja pena não exceda a 8 (oito) anos, porquanto sua condenação foi mantida em 10 (dez) anos.

Logo, o apelante deve iniciar o cumprimento de sua pena no regime fechado.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 11 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1404387-44.2015.8.12.0000 – Dourados
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXPLORAÇÃO SEXUAL POR TRÊS VEZES – PRESENÇA DOS REQUISITOS DOS ARTIGOS 312 E 313 DO CPP – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE IMPOSTA – REITERAÇÃO DELITIVA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA.

I - O descumprimento das condições determinadas na decisão que defere a liberdade provisória em favor do paciente é justificativa idônea para a decretação da prisão preventiva nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP.

II - Mantém-se o decreto preventivo se a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal restaram devidamente demonstradas em fatos concretos do processo.

III - Presente uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, previstas no art. 313, do CPP, bem como os requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal, mostra-se acertada a manutenção da medida constritiva de liberdade, pois quando em liberdade provisória, em 08 de dezembro de 2014, supostamente praticou o crime de estupro de vulnerável, além de estar sendo investigado pela prática de estupro ocorrido em janeiro de 2015.

IV - Condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si só, não são garantidoras do eventual direito a responder ao processo em liberdade, sobretudo se a prisão se faz necessária para a garantia da ordem pública.

V - Ordem denegada.

Com o parecer da PGJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 14 de maio de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Wilson Pereira Leite impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pleito liminar em favor de Bruno Henrique Belusso, alegando constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante delito pela prática dos delitos do art. 218 B por três vezes, 344, *caput*, todos do Código Penal e art. 63 I do Decreto 3.688/41, mas foi colocado em liberdade no dia 21 de novembro de 2014 mediante o cumprimento de medidas cautelares e que inexistem fundamentos para amparar a prisão do paciente.

Em vista disso requer a concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a prisão preventiva e, por conseguinte, expedido alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 75/77 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 82/111.

A f. 113/127 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado por Wilson Pereira de Assis em favor de Rodrigo Pereira Leite, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sob a alegação de constrangimento ilegal.

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante delito pela prática dos delitos do art. 218 B, por três vezes, 344, *caput*, todos do Código Penal, e art. 63 I do Decreto 3.688/41, mas foi colocado em liberdade no dia 21 de novembro de 2014 mediante o cumprimento de medidas cautelares.

Primeiramente, no que diz respeito à alegação de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF. art. 5º, LVII), é de se ressaltar que "*o princípio da presunção de inocência não é óbice ao recolhimento provisório, eis que a própria Constituição o coonesta em seu art.5º, LXI, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente*". (RT 701/316).

Ao converter a prisão em preventiva, asseverou o magistrado:

> *"(...) Ainda em consulta ao SAJ, o acusado, ao que consta, reitera na prática delituosa, em comportamento que se prolonga no tempo, pois, além de responder ação na comarca de Chorozinho-CE, pela prática do crime previsto no art. 241-A do Estatuto da criança e do Adolescente, foi denunciado, neste juízo, pelo crime de estupro de vulnerável, posto que no dia 8.12.2014 teria praticado conjunção carnal com uma menina menor de 14 anos, conforme ação penal nº 0000127-97.2015.12.0002, distribuída na 1ª Vara Criminal, exteriorizando forte propensão, assim como seu desprezo ao cumprimento de regras elementares de convívio familiar. Assim, as medidas cautelares antes impostas não foram suficientes, pois insiste en reiterar a pratica de crimes relacionados à exploração sexual. Por essas razões deve-se decretar a segregação cautelar do acusado, para conveniência da instrução penal, aplicação da lei e garantia da ordem pública. Diante do exposto, com fundamento no art. 213 e 313, inciso I ambos do CP, decreto a prisão preventiva de Rodrigo Pereira Leite (...)" (fl.103).*

Vê-se do trecho extraído que a autoridade apontada como coatora decretou a prisão preventiva do paciente em razão do descumprimento das medidas cautelares anteriormente impostas, além de insistir em reiterar na prática de crimes relacionados à exploração sexual, posto que desta forma, estão presentes os requisitos e pressupostos autorizadores da prisão.

Ora, não obstante o paciente ter recebido liberdade provisória num primeiro momento, o mesmo não obedeceu às determinações legais, além de continuar na prática de crimes. Assim, a sua conduta demonstra interesse em se furtar à aplicação da lei penal, fazendo surgir, assim, os requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Além disso, é possível inferir da narrativa dos fatos uma periculosidade concreta impeditiva da concessão da liberdade provisória ao paciente, tendo em vista que, praticamente logo após a concessão da liberdade já teria cometido o crime de estupro contra uma menor, além de estar sendo investigado pela prática de outro crime de estupro.

Portanto, presente a hipótese autorizadora do art. 313, I, do CPP, bem como a existência do *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*, consubstanciada na garantia da ordem pública, e não sendo o caso de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão, em obediência ao disposto nos artigos 282, §6º, e 319, ambos do Código de Processo Penal.

No mais, depreende-se dos autos que existem elementos suficientes para auferir a necessidade da manutenção da prisão cautelar do paciente, nos termos do artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal, em razão do descumprimento de medidas cautelares anteriormente fixadas, quando da concessão da liberdade provisória ao paciente. Assim, a concessão de novas medidas serão inadequadas e insuficientes.

Com efeito, percebe-se que as medidas cautelares não foram suficientes e adequadas, sendo o caso manter a prisão preventiva - artigo 282, §4º e artigo 312, parágrafo único, todos do CPP. Nesse sentido:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – RECEPTAÇÃO – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REITERAÇÃO CRIMINOSA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS ANTERIORMENTE APLICADAS – ORDEM DENEGADA. Embora o paciente tenha sido denunciado apenas pela prática do crime de receptação, cuja pena máxima é de 4 anos de reclusão, e seja tecnicamente primário, se há fortes indícios de reiteração criminosa e descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas, não há ilegalidade na decisão que indeferiu a revogação de sua prisão preventiva com fundamento no disposto no parágrafo primeiro do art. 312, do CPP.* (TJ/MS, 2ª Câmara Criminal, HC 1415065-55.2014, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, publ. no DJe em 22.12.2014).
>
> *"EMENTA: HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA – PRISÃO PREVENTIVA – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 282, §4º, 312 CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO TODOS DO CPP – ORDEM DENEGADA. - Não caracteriza constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva, se a decisão fundou-se em descumprimento, por parte do agente, de medida cautelar diversa e garantia da ordem pública".* (*Habeas Corpus* nº 1.0000.12.116860-3/000; 6ª Câmara Criminal - Des. Rel. Furtado de Mendonça; DJe 11/01/2013; TJ/PR).
>
> *EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO SIMPLES – PRISÃO PREVENTIVA - MANUTENÇÃO - DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORMENTE IMPOSTAS - NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONVENICÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – CONDIÇÕES PESSOAIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA. Não há que se falar em constrangimento ilegal se a decisão que decretou a prisão preventiva dos pacientes encontra-se devidamente*

> *fundamentada no art. 282, §4º c/c art. 312, parágrafo único, ambos do Código Penal, em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. As condições favoráveis do paciente não são suficientes para lhe garantir a liberdade, mormente quando presentes outras circunstâncias autorizadoras da cautela".* (*Habeas Corpus* nº 1.0000.13.075325-4/000; 7ª Câmara Criminal - Des. Rel. Agostinho Gomes de Azevedo; DJe 14/11/2013; TJ/AC).

Destarte, atentando para os critérios da necessidade e da adequação, e diante das circunstâncias do caso sob análise, não vislumbro qualquer constrangimento ilegal na decisão vergastada, de maneira que, presentes os requisitos legais, a confirmação da medida extrema é providência impositiva.

Por esses fundamentos, com o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 14 de maio de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001578-76.2007.8.12.0055 - Sonora
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – CONFIGURAÇÃO DO CRIME FUNCIONAL PREVISTO NO ART. 3º, II DA LEI 8.137/1990 – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – EXCLUDENTE DA ILICITUDE – NÃO CONFIGURADA – CONTINUIDADE DELITIVA – PLURALIDADE DE CONDUTAS – PERDA DE CARGO PÚBLICO MOTIVADAMENTE DECLARADO – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – EFEITO DA CONDENAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

1. O suporte fático e probatório, embasado nos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, é suficiente para ensejar a condenação.

A versão da apelante para se livrar da responsabilidade penal é uma afronta ao bom senso, em que deve se pautar o julgador.

2. A conduta do apelante foi contrária ao direito. Por certo, a comunicação da ocorrência de crime por funcionário público à autoridade, quando dele tenha ciência no exercício de suas funções, é conduta que configura estrito cumprimento do dever legal. A conduta do apelante não foi condizente. A situação concreta estampada no processo não autoriza a excludente do estrito cumprimento do dever legal.

3. O concurso de crimes, como bem se sabe, ocorre quando o agente, mediante uma ou várias condutas, praticas duas ou mais infrações penais. No caso em exame, não se olvide da prática de duas condutas praticadas pelo apelante, de receber para si, em razão de sua função, de agente tributário estadual, vantagem indevidas, para deixar de cobrar tributo.

4. A declaração da perda de cargo público, como efeito penal da sentença condenatória em decorrência de ação criminosa encontra amparo expresso na legislação penal. Preenchidos os requisitos legais, a perda do cargo público motivadamente declarada deve ser mantida.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 18 de maio de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Auro Camargo de Freitas contra a sentença de fls. 461-463 que o condenou à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, com substituição por duas penas restritivas e direito e perda do cargo público, por infração ao art. 3º, II, da Lei 8.137/1990.

O apelante pelo recurso interposto (fls. 483-519) requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição.

Subsidiariamente, requer o afastamento da aplicação do crime continuado, devendo se tratar de crime único e a perda do cargo público decretada.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 521-532 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls. 537-543, manifestou-se, opinando pelo improvimento do recurso e prequestionando os arts. 71 e 92, I, "a", ambos do Código Penal.

VOTO (EM 23.03.2015)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Auro Camargo de Freitas contra a sentença de fls. 461-463 que o condenou à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, com substituição por duas penas restritivas e direito e perda do cargo público, por infração ao art. 3º, II, da Lei 8.137/1990.

Narra a denúncia que:

> *"Consta do incluso inquérito policial, iniciado por Auto de Prisão em Flagrante Delito que, no dia 31 de julho de 2007, na loja de "Conveniência Pantanal", neste Município e Comarca de Sonora, o denunciado Auro Camargo de Freitas recebeu, para si, em razão de sua função de agente tributário estadual, de Naor Selvim Barrios, a importância de R$ 500,00 (quinhentos reais), vantagem indevida, para deixar de lançar ou cobrar tributo contra o estabelecimento desta vítima secundária.*
>
> *Consta ainda que, no dia 03 de agosto de 2007, por volta das 08.40h, na Rua do Cedro, mais precisamente na loja de "Conveniência do Beltrão", neste Município e Comarca de Sonara, o mesmo denunciado recebeu para si, em razão de sua função de agente tributário estadual, de Nedes Rocha Beltrão, a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), vantagem indevida, para deixar de lançar ou cobrar tributo contra o estabelecimento comercial desta vítima secundária.*
>
> *Segundo se apurou, os investigadores da Delegacia de Polícia do Município receberam a informação de que o denunciado iria receber, no dia 31.07.2007, o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) da vítima Naor, importância que estava sendo exigida desta para que o denunciado, agente tributário estadual, não fiscalizasse o seu estabelecimento comercial, deixando de lavrar multa e cobrar tributos da loja de conveniência desta vítima (Naor).*
>
> *Assim, neste dia (31.07.2007), os investigadores montaram campana no estabelecimento de Naor, aguardando a vinda do denunciado, ajustando uma máquina de filmagens para documentar o ato de recebimento do dinheiro pelo denunciado, que, após algumas horas de espera, chegou na loja da vítima, conversou um pouco, e recebeu*

o dinheiro, R$ 500,00 (quinhentos reais) em células previamente xerocopiadas pela autoridade policial.

Como a filmadora não fora devidamente acionada, não se logrou êxito em gravar este primeiro achaque do denunciado. Todavia, como Naor disse que as entregas de dinheiro ao denunciado eram semanais, uma nova campana foi agendada para a semana subsequente.

Neste ínterim, a vítima Nedes Rocha Beltrão informou aos investigadores que o denunciado iria aos seu estabelecimento para receber a importância de R$200,00 (duzentos reais), imbuído do mesmo propósito, ou seja, como contraprestação para não fiscalizar o estabelecimento desta outra vítima, deixando de lavras multas e cobrar tributos, também desta loja de conveniência.

Após três dias seguidos de campana efetuada na loja de Beltrão, no dia 03 de agosto de 2007 (sexta-feira), o denunciado adentrou o estabelecimento desta vítima, conversou com esta por aproximadamente trinta minutos, recebeu a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), de imediato colocou-a no bolso, e evadiu-se do local.

Na sequência, o denunciado fora abordado pelos policiais que montaram a campana, que lhe deram voz de prisão, apreendendo-o em flagrante, na posse das células previamente xerocopiadas pela autoridade policial, bem como de outros R$ 392,00 (trezentos e noventa e dois reais), que estavam dentro de sua carteira, guardada em seu veículo. Desta feita, todo o procedimento delituoso do denunciado fora gravado pela filmadora postada no local, bem como por aparelho MP3, que documentou a interlocução de denunciado e vítima."

O apelante pelo recurso interposto (fls. 483-519) requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição.

Subsidiariamente, requer o afastamento da aplicação do crime continuado, devendo se tratar de crime único e a perda do cargo público decretada.

Do pedido de absolvição.

O crime imputado ao apelante está previsto no art. 3º, II, primeira parte, da Lei 8.137/1990, e traz a seguinte redação:

"Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

(...)

II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da ***função*** *ou antes de iniciar seu exercício, mas* ***em razão dela, vantagem indevida****; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. (grifei)*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa."

A conduta de receber vantagem indevida para deixar de cobrar tributo é forma delituosa estabelecida pela Lei 8.137 de 1990 que define os crimes contra a ordem tributária.

É figura típica de proteção ao Estado e da moralidade da Administração Pública. Deve ser salientado que o tipo penal em comento constitui crime do funcionário público contra a ordem tributária.

A par disso, deve ser observado também que o objeto jurídico é misto, ou seja, visa proteger não só a arrecadação tributária do Estado, mas também a moralidade da administração pública, uma vez que o funcionário público atuou de maneira irregular.

Trata-se de crime formal. Não depende da ocorrência do efetivo prejuízo para o Estado.

Em se tratando de crime funcional, o funcionário público, deve ser condenado para o fim de proteger a moralidade da administração pública, bem jurídico tutelado.

Na hipótese em tela, sendo o apelante, funcionário público, atuou de maneira ilegal, incorrendo no tipo penal referido. Vejamos:

Verifica-se que o suporte fático probatório é suficiente para ensejar um juízo condenatório consistente nos depoimentos, na fase investigativa, dos investigadores de Polícia - Helmut Cosme Brasileiro (fls. 07-08), no termo de exibição e apreensão de fl. 09 e Hélio Carlos Biberg (fl. 13).

No mesmo sentido o depoimento de Nedes Rocha Beltrão (fls. 14-15) e Naor Selvim Barrios (fls. 16-17).

A par disso, consta na fase inverstigativa que haviam denúncias que o apelante estava exigindo dinheiro (fls. 24-25, fl. 55).

Acrescente-se ainda que na fase investigativa, diz o apelante que (fls. 18-19):

> *"Que nega que tenha recebido qualquer valor de tais comerciantes como exigência, para não fiscalizá-los; Que nesta semana esteve na Conveniência Pantanal, de propriedade do Sr. Naor, por várias vezes, Que neste local consumiu bebida e fez lanche, tendo efetuado o pagamento em dinheiro..."*

Consta desse depoimento ainda que:

> *"Que, após ser cientificado que a negociação foi filmada e gravada, bem como, as cédulas de dinheiro foram xerocopiadas antes de serem entregues ao mesmo, manifestou o desejo de mudar o seu depoimento, alegando que na verdade, descobriu que os dois empresários estavam levando cerveja para vender em Rondonópolis, sem nota fiscal e comprando bebidas quentes, (...), ambos lhe ofereceram dinheiro para não multá-los (...), que Naor e Beltrão são sócios neste negócio ilegal e lhes ofereceram R$ 5.000,00 (...), Que aceitou e então passaram a negociar como seria a forma de pagamento; Que resolveram lhes pagar aos poucos; Que nesta semana, não se recorda o dia, recebeu o primeiro pagamento de Naor no valor de R$ 500,00..."*

Em Juízo (fls. 81-84), diz que: *"O recebimento das quantias por parte do denunciado se dava para comprovar que as vítimas estariam subornando todas as autoridades no trajeto da carga (...). O interrogando não pensou que o recebimento das quantias sem formalização alguma pudesse acarretarem algum problema."*

Em contradição ao depoimento prestado na fase investigativa diz ainda que:

> *"Afirma que a afirmação contida no seu depoimento prestado perante a autoridade policial no sentido que "Beltrão lhe ofereceu o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) para que o mesmo não tomasse nenhuma providência em relação aos contrabando das bebidas, que não aceitou a proposta do Sr. Beltrão não é verdadeira, pois aceitou a proposta (...)."*

E, continua o apelante:

> *"O interrogado confirma que prestou depoimento e que, no meio dele, foi informado pela autoridade policial de que havia sido filmada e gravada a negociação, e depois disso continuou prestando depoimento, esclarecendo que efetivamente recebeu as quantias das vítimas.*
>
> *O interrogado não sabe dizer o porquê assinou o termo de depoimento prestado perante a autoridade policial (constante à f. 18/19 dos autos)..."*
>
> *O interrogado não sabe esclarecer o porquê de haver dentro de sua carteira, junto com os R$392,00, uma nota de R$ 50,00 (...) que havia sido entregue por Naor, vale dizer, que havia sido fotocopiada antes da entrega para o acusado."*

Em juízo, foram corroborados os depoimentos dos investigadores de polícia Helmute Cosme Brasileiro (fls. 98-99), Hélio Carlos Biberg (fl.100) e das testemunhas Nedes Rocha Beltrão e Naor Selvim Barrios (fls. 101-104). No mesmo sentido o depoimento de Antônio João Rodrigues (fls. 105).

Não se pode deixar de mencionar ainda o depoimento da testemunha Francisco Carlos de Assis, que vai em desencontro com as alegações do apelante, sendo esclarecedor no seguinte sentido (fls. 118-119):

> *"O depoente trabalhou por 10 (dez) anos na área de investigação, na Fiscalização Volante. Não existe um manual de regras a serem seguidas, sendo que procuram-se indícios, mas só há uma formalização após a existência de um flagrante. O depoente nunca efetuou prisão em flagrante de pessoa que praticasse o crime de corrupção ativa.*
>
> *O depoente nunca viu nem nunca atuou em algum caso em que tenha recebido quantia em dinheiro e não tenha efetuado o flagrante, para "juntar elementos para investigação em andamento". Pelo que o depoente tem conhecimento, havendo um flagrante há a necessidade de haver a prisão em flagrante do agente."*

Soma-se ainda os laudos periciais de fls. 129-134 e de fls. 371-418.

Verifica-se que o suporte fático probatório é suficiente para ensejar um juízo condenatório, haja vista que são capazes de evidenciar a materialidade e autoria do fato delituoso em questão.

A par disso, a prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação. As provas formam um Juízo de certeza acerca da ocorrência do delito e no que se refere à atuação do apelante em questão.

Em sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial não se torna indispensável e nem decisiva, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova.

Além disso, os depoimentos dos policiais, tanto na fase policial quanto na fase judicial, inclusive quando do ato da autuação em flagrante, constituem prova idônea quando prestada em juízo sob o crivo do contraditório, ainda mais quando aliada e em consonância com os demais elementos do conjunto probatório dos autos.

Confira-se a Jurisprudência a respeito:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AÇÃO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Estando provadas a materialidade do fato, bem como a autoria do delito, mormente por ter sido o agente surpreendido negociando a substância entorpecente, além*

> *de terem sido encontrados alguns papelotes da droga por debaixo de suas vestimentas , não há falar em ilegalidade qualquer no decreto condenatório, a ser sanada pela via do habeas corpus. 2. Posiciona-se a doutrina, bem como a jurisprudência deste Superior Tribunal, no sentido de que os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação . 3. Ordem denegada.* [1]

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. Ordem denegada.*[2]

Outrossim, o apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, assim não procedeu, estando a sua tese de não ser verdadeira a acusação que lhe é imputada, isolada e em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos no processo.

Do exame de todos os elementos de provas contidos nos autos do processo, como já referido, tenho que a tese apresentada pelo apelante é mera tentativa de se isentar de eventual responsabilização na esfera penal.

Nesse sentido, a Doutrina clássica:

> *"Cabe provar a quem tem interesse de afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção, cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas."*[3]

É também o entendimento de NUCCI:

> *"Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, "O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos"* (Ônus da Prova no Processo Penal, p. 178-182)."[4]

Ora, a versão apresentada pelo apelante resta isolada nos autos. Além disso, apresenta-se contraditória e não amparada por nenhuma outra prova. Ao contrário da acusação, que restou corroborada pelos elementos probatórios acima elencados.

Sustenta o apelante que estava agindo em estrito cumprimento do dever legal. A conduta do apelante foi contrária ao direito.

Por certo, a comunicação da ocorrência de crime por funcionário público à autoridade, quando dele tenha ciência no exercício de suas funções, é conduta que configura estrito cumprimento do dever legal, o que não ocorreu na hipótese dos autos. A conduta do apelante não foi condizente. A situação concreta estampada no processo não autoriza a excludente pretendida pelo apelante (estrito cumprimento do dever legal), ao argumento de que "fingia ser um fiscal corrupto".

1 HC 28.417/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido.

2 HC 98766 / SP *HABEAS CORPUS*, Relator(a) Ministro Og Fernandes (1139), Órgão Julgador T6 - Sexta Turma.

3 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: ed. Saraiva, 2005. P. 273

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009. P. 156.

Como bem asseverou a Procuradoria-Geral de Justiça, nesse ponto:

> *"Apesar de o Apelante negar o ato delituoso, argumentando que "fingia" ser um fiscal corrupto para apurar os esquema de sonegação de impostos exercido por Naor e Nedes, vê-se que não restou nos autos nenhum documento que atribuísse legalidade a seus atos."*

Em vista das provas coletadas no processo, como acima já transcrita a prova testemunhal produzida, a materialidade está demonstrada. A autoria, por sua vez, recai, indiscutivelmente, sobre o apelante, consoante se infere dos elementos probatórios produzidos na instrução criminal.

Impende ressaltar ainda que a primeira parte do art.156 da lei processual penal estabelece que "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer..."

É certo que no campo do direito penal, o ônus da prova deve ter como norte o princípio da presunção da inocência, posição mais consentânea com a ordem constitucional.

Entretanto, tem-se admitido a distribuição do ônus da prova entre a acusação e a defesa.[5]

Por força do art.156 do Código de Processo Penal, incumbiria à ré a comprovação do seu álibi de defesa, até porque a apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, assim não procedeu, estando a sua negativa quanto à autoria do delito isolada e em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos no processo que justificam a condenação. A tese da defesa restou isolada, sobretudo a alegação de cumprimento do dever legal.

A prova dos autos é capaz de evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso imputado ao apelante.

A prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação.

Impende ressaltar ainda que apesar de sucinta, a sentença tratou das teses defensivas trazidas a comento. Importante esclarecer ainda que, como já reconhecida pela própria defesa em suas razões recursais, ao o julgador não incumbe a impugnação específica, mas sim a fundamentação do seu livre convencimento. O que foi realizado, ainda que sucintamente.

Desse modo, não há falar em ausência de provas dos fatos e tampouco a excludente do estrito cumprimento do dever legal.

Do pedido de afastamento do crime continuado previsto no art. 71, *caput*, do Código Penal.

Sustenta o apelante que não teria cometido dois delitos da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Argumenta que se tratava na verdade de uma só empresa dividida em duas para facilitar a sonegação de impostos. Não se olvide que o caso em julgamento conclama concurso de crimes.

5 STJ, RHC 1330/RJ, 6ª T., Rel.Min.Luiz Vicente Cernicchiaro.

O concurso de crimes, como bem se sabe, ocorre quando o agente, mediante uma ou várias condutas, praticas duas ou mais infrações penais. Como acima já tratado, houve a prática de duas condutas de receber para si, em razão de sua função, de agente tributário estadual, vantagem indevidas, para deixar de cobrar tributo praticada pelo apelante.

Na hipótese dos autos, entendeu o Magistrado sentenciante que o apelante teria cometido o crime em comento em continuidade delitiva. Essa modalidade de concurso de crimes se verifica quando o agente, por meio de duas ou mais condutas, comete dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, local, modo de execução.

Estabelece a lei penal, em análise do art. 71, *caput*, do Código Penal de que o reconhecimento do crime continuado depende da existência de três requisitos: a) a pluralidade de condutas; b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; c) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

O apelante, não se olvide, pelo que se verifica da prova dos autos, praticou diversas condutas (recebeu vantagem indevida da vítima Naor e da vítima Nedes).

A tese de que se trata de uma só empresa dividida em duas empresas para facilitar a sonegação de impostos, não afasta a prática de duas condutas pelo apelante. A par disso, pelo que consta dos autos, a atividade desenvolvida pelas vítimas são independentes, ou seja, o recebimento de vantagem indevida em razão da função, para deixar de cobrar tributos ensejou duas condutas por parte do apelante. Houve a pluralidade de condutas.

A par disso são crimes da mesma espécie, com previsão no mesmo tipo penal e violam o mesmo bem jurídico. Há conexão temporal e espacial, ou seja, um cometido em 31 de julho e outro em 3 de agosto, ambos no ano de 2007, na cidade de Sonora/MS. Foi utilizado o mesmo modo de execução (o apelante ia nas lojas das vítimas receber o dinheiro).

Acrescente-se ainda que o próprio apelante esclarece que, formalmente, se tratam de duas empresas, o que ainda reforça a prática de pluralidade de condutas e não de atos.

Desse modo, afasto a pretensão recursal em comento.

Do pedido de exclusão da condenação da perda do cargo público.

Nesse ponto, cabe esclarecer que da sentença condenatória, a par com o seu efeito principal, que é fixar a pena, advém outros efeitos, sendo eles de natureza penal e extrapenal. Além disso, dispõem os artigos 91 e 92 do Código Penal.

O Magistrado sentenciante impôs ao apelante, como efeito da sua condenação, a perda do cargo público de agente tributário estadual, com fundamento no art. 92, I, "a", do Código Penal, eis que condenado a pena de três anos de reclusão por crime praticado em detrimento da Administração Pública.

O art. 92, em seu inciso I, alínea "a" do Código Penal prevê que:

> *"São também efeitos da condenação:*
>
> *I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:*
>
> *a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a*

> *um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;"*

O Código Penal estabelece como efeito extrapenal da sentença condenatória, a perda de cargo, função pública ou mandato. Trata-se de efeito específico que, por força da própria lei, deve ser motivadamente declarado na sentença.

Além disso, deve respeitar alguns pressupostos: nos crimes praticados com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for igual ou superior a 1 (um) ano.

No caso, o Magistrado sentenciante, motivadamente, declarou na sentença a perda do cargo público do apelante. Assim o fez, ainda que de forma sucinta, como abaixo transcrevo:

> *"Além disso, pela quantum de pena aplicada e o crime próprio praticado, conforme acima exposto, é de rigor a perda do cargo público, nos termos do artigo 92, I, "a", do Código Penal." (grifo meu)*

Dessa forma, atendido o requisito da motivação declarada, na sentença, ainda que sucinta, já que anteriormente examinada e fundamentada, a teor do que estabelece o art. 92, parágrafo único, do Código Penal, passo ao exame dos requisitos legais estabelecidos pelo art. 92, I do Código Penal.

No caso, ao apelante foi aplicada a pena privativa de liberdade, qual seja, de 3 (três) e 6 (seis) meses de reclusão.

Como bem se sabe, o crime funcional imputado ao apelante visa proteger não só a arrecadação tributária do Estado, mas também a moralidade da administração pública, uma vez que o funcionário público atuou de maneira irregular.

Por isso, a ação criminosa, por si só, pressupõe a violação do dever inerente ao cargo público, com o fim de preservar a moralidade da Administração Pública.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado evidencia o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *" A perda de função pública, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício dessa função, valendo-se o acusado do cardo para a prática do crime. Vale dizer, deve ser condenado por crime funcional".* (RT 572/297, TJ/SP – AC – Rel. Márcio Bonilha)."[6]

No caso em exame, o apelante foi condenado por crime funcional, pelo que a violação do dever inerente ao cargo público com o fim de preservar a moralidade da Administração Pública justifica a imposição desse efeito extrapenal.

A conduta do apelante foi incompatível com o exercício do cargo público de agente tributário estadual. Houve expressa motivação na sentença condenatória.

Enfim, preenchidos os requisitos legais autorizadores estabelecidos pelo art. 92, I e parágrafo único do Código Penal, e fundamentadamente declarada a perda do cargo público, ainda que de forma sucinta, com vistas à moralidade da Administração Pública, ainda mais se tratando de um servidor com mais de vinte anos de tempo de serviço, a perda do cargo é necessária e adequada à reprovação e prevenção do crime. Por isso, deve ser mantida.

6 PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 322.

Enfim, como a prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação, deve ficar mantida a sentença atacada, com a respectiva condenação pela perda do cargo público.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias recorridas já foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de princípios e normas legais em razão de ter sido amplamente debatida.

Diante do exposto, com o Parecer da PGJ, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Acompanho o Voto do Relator.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do vogal (Des. Ruy Celso Barbosa Florence), após o relator negar provimento, acompanhado do revisor.

VOTO (EM 18.05.2015)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Auro Camargo de Freitas contra sentença de f. 461-463 que o condenou à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, com substituição por duas penas restritivas de direito e perda do cargo público, por infração ao art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990 (*"art. 3° Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): (...) II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.*").

Alega que o magistrado singular apenas mencionou depoimentos e o documento invocado pela defesa, mas não os analisou em sua inteireza, deixando de fundamentar de forma suficiente as razões do seu convencimento.

Sustenta que sem razão foi refutada a tese defensiva de que o apelante estava realizando uma investigação contra empresários que estavam sonegando impostos, agindo no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, II, CP), invocando o Decreto Estadual n. 9.203/98, que estabelece como função do agente tributários estadual praticar todos e quaisquer atos, ainda que não regulamentados, tendentes a evitar a evasão ilícita do ICMS e seus acréscimos.

Aduz que o documento de f. 71 não foi aceito como prova robusta e cabal que faz derrubar todo aquele flagrante preparado, que é a prova fiscal anterior ao procedimento policial, emitido pelo Chefe do apelante, no qual descreve que houve denúncia anônima descrevendo sensível crescimento no patrimônio da suposta vítima Naor, apontada nestes autos, proprietária da Conveniência Pantanal, intenso movimento de caminhões com possível descaminho, sendo que isso não acontecia somente com tal conveniência apontada no documento, mas com a outra empresa, Conveniência Beltrão, já que seu proprietário Nedes é parente de Naor e trabalhavam em conjunto, ainda que em estabelecimentos distintos, para disfarçar o "esquema" montado, sendo que diante de tal informação é que o apelante passou a investigar a situação narrada no documento, encontrando como melhor maneira "infiltrar" naquela empresa, ganhar a confiança

do empresário e com isso descobrir toda corrente do esquema ilegal de transporte de mercadorias sem o recolhimento do ICMS devido.

Argumenta que as supostas vítimas lhe ofereceram o pagamento de R$ 5.000,00, desistindo posteriormente e lhe oferecendo um pagamento semanal, o que foi aceito pelo recorrente para descobrir algo maior, desvendar o esquema, alegando que o dinheiro ficaria guardado na agenfa para posterior juntada em Auto de Infração assim que encerrasse as investigações fiscais, entretanto, foi preparado um flagrante contra o mesmo e os empresários sonegadores passaram a ser considerados vítimas e o apelante réu.

Requer a reforma da sentença para que o apelante seja absolvido ou, subsidiariamente, seja afastada a figura da continuidade delitiva, considerando-se apenas uma vítima e, ainda, seja excluída da condenação a perda do cargo público, que deve ser devidamente fundamentada.

O e. relator negou provimento ao recurso.

Pedi vista dos autos para melhor análise das provas produzidas nos autos e, após compulsá-los detidamente, vislumbro que a sentença deva ser mantida.

Para melhor compreensão dos fatos transcrevo a denúncia, que foi acolhida na sentença, a qual narrou os seguintes fatos:

> *"Consta do incluso inquérito policial, iniciado por Auto de Prisão em Flagrante Delito que, no dia 31 de julho de 2007, na loja de "Conveniência Pantanal", neste Município e Comarca de Sonora, o denunciado Auro Camargo de Freitas recebeu, para si, em razão de sua função de agente tributário estadual, de Naor Selvim Barrios, a importância de R$ 500,00 (quinhentos reais), vantagem indevida, para deixar de lançar ou cobrar tributo contra o estabelecimento deste vítima secundária.*
>
> *Consta ainda que, no dia 03 de agosto de 2007, por volta das 08:40h, na Rua do Cedro, mais precisamente na loja de "Conveniência do Beltrão", neste Município e Comarca de Sonora, o mesmo denunciado recebeu, para si, em razão de sua função de agente tributário estadual, de Nedes Rocha Beltrão, a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), vantagem indevida, para deixar de lançar ou cobrar tributo contra o estabelecimento comercial desta vítima secundária.*
>
> *Segundo se apurou, os investigadores da Delegacia de Polícia do Município receberam a informação de que o denunciado iria receber, no dia 31.07.2007, o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) da vítima Naor, importância que estava sendo exigida desta para que o denunciado, agente tributário estadual, não fiscalizasse o seu estabelecimento comercial, deixando de lavrar multa e cobrar tributos da loja de conveniência desta vítima (Naor).*
>
> *Assim, neste dia (31.07.2007), os investigadores montaram campana no estabelecimento de Naor, aguardando a vinda do denunciado, ajustando uma máquina de filmagens para documentar o ato de recebimento do dinheiro pelo denunciado, que, após algumas horas de espera, chegou na loja da vítima, conversou um pouco, e recebeu o dinheiro, R$ 500,00 (quinhentos reais) em cédulas previamente xerocopiadas pela autoridade policial.*
>
> *Como a filmadora não fora devidamente acionada, não se logrou êxito em gravar este primeiro achaque do denunciado. Todavia, como Naor disse que as entregas de dinheiro ao denunciado eram semanais, uma nova campana foi agendada para a semana subsequente.*

Neste ínterim, a vítima Nedes Rocha Beltrão informou aos investigadores que o denunciado iria ao seu estabelecimento para receber a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), imbuído do mesmo propósito, ou seja, como contraprestação para não fiscalizar o estabelecimento desta outra vítima, deixando de lavrar multas e de cobrar tributos, também desta loja de conveniência.

Após três dias seguidos de campana efetuada na loja de Beltrão, no dia 03 de agosto de 2007 (sexta-feira), o denunciado, adentrou o estabelecimento desta vítima, conversou com esta por aproximadamente trinta minutos, recebeu a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), de imediato colocou-a no bolso, e evadiu-se do local.

Na sequência, o denunciado fora abordado pelos policiais que montaram a campana, que lhe deram voz de prisão, apreendendo-o em flagrante, na posse das cédulas previamente xerocopiadas pela autoridade policial, bem como de outros R$ 392,00 (trezentos e noventa e dois reais), que estavam dentro de sua carteira, guardada em seu veículo. Desta feita, todo o procedimento delituoso do denunciado fora gravado pela filmadora no local, bem como por aparelho MP3, que documentou a interlocução de denunciado e vítima.

Assim, agindo, o acusado infringiu o disposto no artigo 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.137/90, por duas vezes, na forma do artigo 69 do Código Penal, razão porque denuncio-o a Vossa Excelência, e requeiro, que, depois de notificado o denunciado para apresentar defesa preliminar (art. 514 do CPP), seja recebida e autuada a presente peça acusatória, instaurando-se o devido processo legal até final da sentença condenatória, observando-se, neste aspecto, o procedimento especial previsto pela Lei Instrumental Penal nacional para os crimes funcionais (arts. 513 e ss.). Requeiro, ainda, a notificação das pessoas abaixo arroladas para oportuna oitiva, tudo sob as penas da lei.

Requeiro, por fim, a procedência da presente denúncia, devendo o denunciado Auro Camargo de Freitas ser condenado como incurso nas penas do 3º, inciso II da Lei Federal nº 8.137/90, por duas vezes, na forma do artigo 69 do Código Penal."

Embora o recorrente afirme que o documento de f. 71 e os depoimentos das testemunhas de defesa apontem a existência de uma excludente de ilicitude por estar no estrito cumprimento do seu dever legal de fiscalização, as provas produzidas nos autos não conduzem a essa conclusão.

O próprio réu reconhece em várias oportunidades e confirma em suas razões recursais que recebeu dinheiro das vítimas como narrado na inicial acusatória, alegando que teria se "infiltrado" em seus "esquemas" para comprovar o não recolhimento de tributos pelas suas empresas, cuja conduta não encontra amparo legal para que seja considerada lícita.

Referida confissão é confirmada pelo laudo de exame em notas de papel moeda nacional (f. 129-134), as quais foram apreendidas em poder do réu, pois neste se comprova que 4 cédulas de R$ 50,00 (R$ 200,00) que estavam em seu poder conferem com as cópias datadas e rubricadas pela autoridade policial em 1.8.2007, ou seja, anteriormente ao seu recebimento pelo réu em 3.8.2007, quando foi preso em flagrante. O mesmo laudo aponta que mais uma cédula de R$ 50,00 confere com uma das cópias datadas e rubricadas pela autoridade policial em 31.7.2007, que seria referente a parte dos R$ 500,00 recebidos pelo réu em 31.7.2007, conforme depoimento dos policiais e vítimas (f. 98-106).

Observa-se que na hipótese houve um flagrante esperado, devidamente legal, no qual o agente não foi provocado ou induzido à prática do crime (Cf. STF. HC 85490, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence,

Primeira Turma, julgado em 14/11/2006, DJ 02-02-2007 PP-00114 EMENT. VOL-02262-04 PP-00647 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 369-384), pois as vítimas, cientes do momento em que teriam que efetuar o pagamento exigido pelo agente fiscal para que não lançasse tributos devidos de suas conveniências, os quais o próprio agente afirma que estavam sendo sonegados, foram fotocopiadas pela autoridade policial as notas que seriam entregues e aguardado o momento para efetuar a prisão em flagrante.

Ademais, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, e a conduta do réu não se enquadra em nenhuma lei federal que permite a infiltração de agente em organizações criminosas, sendo que em todas as previsões existentes exige-se autorização judicial, como se vê no art. 2º, V, da Lei n. 9.034/95 (posteriormente revogada pela Lei n. 12.850/2013), que permitia a ação somente a agentes de polícia ou inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados e mediante circunstanciada autorização judicial e no art. 53, I, da Lei n. 11.343/2006, que autoriza, também mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.

Note-se que em ambas as normas a infiltração somente pode ser efetuada por "agentes de polícia", assim considerados aqueles que integram as instituições policiais do país, previstas no art. 144, da CF, e não agente tributário. Logo, a norma invocada pela defesa, um Decreto Estadual n. 9.203/98, que estabelece como função do agente tributários estadual praticar todos e quaisquer atos, ainda que não regulamentados, tendentes a evitar a evasão ilícita do ICMS e seus acréscimos, não alcança a alegada "infiltração" do agente e nem mesmo permite que a conduta criminal praticada pelo mesmo seja considerada em estrito cumprimento do dever legal.

Ressalto que mesmo tendo o documento de f. 71 e as testemunhas de defesa afirmado que possivelmente as vítimas cometiam um crime contra a ordem tributária, nenhum deles tinha conhecimento de autorização - que mesmo se existisse seria ilegal, como acima afirmado, - para que o réu exigisse e recebesse valores em dinheiro das vítimas para descobrir possível rede de corrupção pelo não recolhimento de impostos.

O Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques bem aponta em seu voto que uma das testemunhas de defesa inclusive vai de encontro ás alegações do apelante, esclarecendo que:

> *"O depoente trabalhou por 10 (dez) anos na área de investigação, na Fiscalização Volante. Não existe um manual de regras a serem seguidas, sendo que procuram-se indícios, mas só há uma formalização após a existência de um flagrante. O depoente nunca efetuou prisão em flagrante de pessoa que praticasse o crime de corrupção ativa. O depoente nunca viu nem nunca atuou em algum caso em que tenha recebido quantia em dinheiro e não tenha efetuado o flagrante, para "juntar elementos para investigação em andamento". Pelo que o depoente tem conhecimento, havendo um flagrante há a necessidade de haver a prisão em flagrante do agente."* (f. 118-119).

Portanto, deve ser mantida a condenação.

Quanto aos pedidos subsidiários, de afastamento do crime continuado e perda do cargo público, melhor sorte não lhe assiste.

Isso porque, os argumentos de que as vítimas tinham uma só empresa divididas em duas para facilitar a sonegação de impostos, além de não estarem comprovadas nos autos, em nada altera o fato de que houve a comprovação de duas condutas uma ocorrida em 31.7.2007 e outra em 3.8.2007, como bem fundamentado no voto do e. relator.

Além disso, na sentença recorrida o magistrado impôs ao apelante, de forma sucinta mas devidamente fundamentada, como efeito da sua condenação, a perda do cargo público de agente tributário estadual, com fundamento no art. 92, I, "a", do Código Penal, porque condenado à pena superior de um ano de reclusão por crime praticado com violação de dever para com a administração pública (crime funcional contra a ordem tributária).

Diante do exposto, com o Relator, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 18 de maio de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0011947-53.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CORRUPÇÃO ATIVA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 70, II, "g", DO CPM – TESE IMPERTINENTE – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE COM PREVISÃO NO ART. 72, II, DO CPM – PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA – ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE PRISÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – TESE DESACOLHIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há falar em absolvição por ausência de provas quando os elementos de convicção coligidos durante a persecução processual são tranquilos no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria do fato delituoso, reclamando-se, nessa hipótese, a manutenção da condenação imposta pelo magistrado da instância singular.

2. Deve ser desprezada a pretensão de readequação da pena-base se o magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais, o fez com base em elementos concretos, aptos a torná-las desfavoráveis ao acusado.

3. De acordo com o art. 70, II, "g", do Código Penal Militar, é circunstância agravante da pena o fato de o agente ter cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão".

4. Nos termos do art. 72, II, do Código Penal Militar, é circunstância que sempre atenua a pena o fato de ser meritório o comportamento anterior do agente. Por "comportamento meritório" do agente deve ser entendido a sua vida profissional, como trabalhador, militar ou civil, que extrapolem meras referências elogiosas, tão comuns na caserna.

5. Para fixação do regime inicial de prisão, deve ser levada em consideração, além da quantidade de pena imposta (art. 33, § 2º, do CP), a eventual condição de reincidente do agente, a existência de circunstâncias judiciais a ele desfavoráveis (CP, art. 33, § 3º) e, ainda, a inteligência do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

6. A concessão do benefício da suspensão condicional do processo somente é juridicamente possível frente ao preenchimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 77 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL ACUSATÓRIA – CORRUPÇÃO ATIVA – PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU WILSON DEIVS SOARES DE OLIVEIRA – INVIABILIDADE – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. O pronunciamento de um juízo condenatório exige do julgador a convicção plena da ocorrência do fato, o que não ocorreu na hipótese. Portanto, diante de tal contexto, para privilegiar uma melhor aplicação do direito, de forma mais aproximada do senso de justiça, é mais aconselhável que se absolva um possível acusado a condenar um provável inocente.

2. A realidade das provas colhidas no processo demonstra que não existe outra alternativa que não a absolvição, por não se ter construído um universo sólido de provas da existência do crime. Se inexistem provas sólidas para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é medida que se impõe. Os riscos advindos de uma eventual condenação equivocada são de gravidade indiscutível, o que faz com que a dúvida sempre milite em favor da acusada. E aqui, como já analisado, as dúvidas são sérias e não restaram superadas.

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, não prover o recurso defensivo , nos termos do voto do relator, vencido em parte o vogal. Por unanimidade, não proveram o recurso ministerial. Decisões com o parecer.

Campo Grande, 1º de junho de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O Ministério Público Estadual denunciou Alisson José Carvalho de Almeida, Vagner Amorim Alves e Wilson Devis Soares de Oliveira, todos já qualificado nos autos, incorrendo-os como incursos nas sanções penais do art. 309, *caput* (corrupção ativa), c/c art. 53 c/c art. 70, II, "g", todos do Código Penal Militar.

Isso porque, de acordo com a exordial acusatória:

> *"(...) Consta dos autos que, no dia 12 de julho de 2013, no período da manhã, na chácara localizada no Assentamento Amparo, Distrito de Itahum, município de Dourados/MS, o denunciado SD PM Alisson José Carvalho de Almeida, ciente da reprovabilidade de sua conduta, ofereceu a quantia de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), por veículo, ao CB PM Jean Carlos dos Santos Vieira, para que ele se omitisse na prática de ato funcional, deixando de interceptar carretas e caminhões carregados com cigarros contrabandeados do Paraguai/PY e/ou de acionar as viaturas de serviços para fazê-lo, de modo a não se efetivarem eventuais prisões dos condutores nem apreensões das cargas ilegais.*
>
> *(...) Utilizando-se do mesmo modus operandi, na data de 13 de julho de 2013, pela manhã, na chácara localizada no Assentamento Amparo, Distrito de Itahum, município de Dourados/MS, os denunciados CB Pm Vagner Amorim Alves E Sd Pm Wilson Deivs Soares de Oliveira, cientes da reprovabilidade de suas condutas e agindo em unidade de desígnios, ofereceram vantagem indevida ao CB PM Jean Carlos dos Santos Vieira, para que ele omitisse a prática de dever funcional, abnegando-se de interceptar caminhões com cigarros contrabandeados e, ainda, quando não estivesse trabalhando, deixasse de acionar os policiais militares de plantão, de modo que os produtos ilegais pudessem transitar sem intercorrências. (...)". (sic)*

Com efeito, concluída a respectiva instrução processual, sobreveio sentença (fls. 785-796) que, julgando parcialmente procedente a denúncia: (1) condenou o denunciado Alisson José Carvalho de Almeida pelo crime em questão (corrupção ativa), à pena definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado; e (2) absolveu Vagner Amorim Alves e Wilson Devis Soares de Oliveira, respectivamente, por não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal e por não existir prova suficiente para a condenação.

Em virtude disso, o denunciado Alisson José Carvalho de Almeida interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões (fls. 840-861), postulou por sua absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória. Alternativamente, requereu: (1) a fixação da pena-base no mínimo legal; (2) o afastamento da agravante prevista no art. 70, II, alínea "g", do Código Penal Militar; (3) o reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, II, do Código Penal Militar; (4) a fixação do regime inicial semiaberto; e (5) a concessão do *"sursis"* da pena. Por fim, elaborou prequestionamento.

O Ministério Público Estadual também recorreu da sentença. Em suas razões (fls. 862-874), a ilustre Promotora de Justiça de primeira instância pugnou pela reforma parcial da sentença, para o fim de condenar o denunciado Wilson Deivs Soares de Oliveira nos exatos limites da denúncia.

O MP (fls. 885-901) e a defesa (fls. 902-913) ofereceram contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 920-928, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

1. Do Defensivo:

Como já relatado, o denunciado Alisson José Carvalho de Almeida interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões (fls. 840-861), postulou por sua absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória. Alternativamente, requereu: (1) a fixação da pena-base no mínimo legal; (2) o afastamento da agravante prevista no art. 70, II, alínea "g", do Código Penal Militar; (3) o reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, II, do Código Penal Militar; (4) a fixação do regime inicial semiaberto; e (5) a concessão do *"sursis"* da pena. Por fim, elaborou prequestionamento.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame recursal.

1.1. Do pedido absolutório:

Como relatado, inicialmente, o apelante postulou por sua absolvição, embasando tal pedido na tese de ausência de provas.

Entretanto, tal pretensão não comporta acolhimento.

Isso porque, analisando os autos, é possível observar que o manancial probatório que foi coligido durante toda a atividade de persecução penal, sobretudo na fase judicial, vislumbra-se suficiente no sentido de embasar o pronunciamento do juízo condenatório em desfavor do apelante, na medida em que está satisfatoriamente comprovada tanto a materialidade quanto a autoria do fato delituoso, conforme será doravante demonstrado.

De saída, é oportuno que seja rememorado o fato típico e todas as suas peculiares circunstâncias, para, somente então, passarmos à efetiva análise do contexto probatório, o que possibilitará, numa análise final, aferir se a casuística trazida na denúncia está sintonizada à realidade fática refletida dos elementos de prova coligidos.

De acordo com a denúncia, nas circunstâncias de tempo e local já mencionadas, o apelante (SD PM Alisson) ofereceu vantagem econômica indevida ao policial Jean Carlos dos Santos, com a finalidade de que este deixasse de praticar ato funcional de sua incumbência. Segundo constou dos autos, o apelante, a pedido dos seus comparsas, compareceu até o imóvel rural de moradia do policial Jean Carlos e, lá estando, propôs que o policial deixasse de proceder à interceptação de carretas e caminhões, provindas do Paraguai, carregadas de produtos contrabandeados. Como retribuição, foi oferecido ao policial o pagamento, em dinheiro, de R$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais) por cada automotor cuja interceptação fosse omitida.

Com efeito, tanto a materialidade quanto a autoria do fato delituoso estão sobejamente comprovadas pelos elementos de prova colhidos nos autos.

Exalto, inicialmente, o depoimento testemunhal prestado pelo policial Jean Carlos dos Santos, que foi quem recebeu a proposta para omitir a prática de ato funcional. Ouvida em juízo (fl. 568), a testemunha confirmou todas as circunstâncias fáticas descritas em linhas anteriores, tornando idônea, portanto, a imputação criminosa delimitada na denúncia.

A endossar o elemento de prova acima mencionado, emergem os depoimentos testemunhais dos policiais Thiago Custódio, Eder Ferreira Vieira e Cícero dos Santos Alves (fls.568). Todos eles, corroborando a exordial acusatória, disseram ter tomado conhecimento dos fatos mediante declarações prestadas pelo próprio policial Jean Carlos dos Santos, o qual, após receber a indevida proposta, levou-a à conhecimento dos seu superiores.

No caso em exame, deve ser ressaltado que é indiscutível a idoneidade do depoimento judicial prestado pelas testemunhas acima mencionadas. Ora, ouvidas, as testemunhas depuseram sob o compromisso de dizer a verdade, tendo sido cientificadas sob as consequências penais que poderiam advir de eventuais declarações divorciadas da realidade. Além do mais, as testemunhas também depuseram de forma segura e coesa, o que atribui relevante credibilidade a tais provas no contexto da elucidação do presente caso.

Com efeito, frente à robustez das provas acima apresentadas, que são firmes no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria do fato delituoso, não deve subsistir a tese defensiva no sentido de que o apelante permaneceu durante todo o dia, na data do fato criminoso, na cidade de Nova Andradina/MS. Primeiro, porque, como já dito, as provas existentes nos autos sinalizam em sentido diametralmente oposto. Segundo, porque a prova defensiva produzida nesse sentido é demasiadamente frágil, na medida em que uma das testemunhas arroladas para tal finalidade, embora tenha declarado prestar serviços ao apelante, disse que não se recordava da data do último serviço prestado.

Diante do contexto apresentado, cai por terra a negativa de autoria encampada pelo réu em seu interrogatório judicial. Não se pode olvidar que, no âmbito do processo penal, é lícito aos acusados, de um modo geral, arguir teses defensivas de qualquer natureza, visando afastar ou mesmo suavizar eventual responsabilidade criminal por crime praticado, tudo em nome da autodefesa, que é carga axiológica do princípio da ampla defesa. Justamente por isso é que o interrogatório judicial é meio de prova que deve ser visto com cautela pelo julgador, exatamente pela parcialidade dos interrogados na relação jurídica processual, cujas declarações podem não coincidir com a efetiva verdade real dos fatos.

Perante o exposto, é possível concluir que os elementos de convicção que foram acima ressaltados formam suficiente substrato à conservação do juízo condenatório pronunciado pelo magistrado sentenciante, na medida em que está demonstrada a existência do crime (materialidade) e, ainda, a participação do apelante, na condição de autor, no contexto delituoso, o que, numa análise final, reclama a manutenção da sentença.

Afasto, portanto, a presente pretensão recursal.

1.2. Do pedido de redução da pena-base:

Nesse ponto, como relatado, postulou o apelante pela redução da pena-base para o mínimo legal, sob o fundamento de que não houve valoração adequada das circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Código Penal Militar.

O pedido não deve ser acolhido.

Analisando os autos, é possível notar que o magistrado sentenciante, ao fixar a pena-base, expôs as seguintes razões jurídicas:

Em atenção ao art. 69 do Código Penal Militar, sobressai do caderno processual que o réu foi incumbido pelos demais integrantes do esquema criminoso de se deslocar de uma cidade relativamente distante, com as despesas pagas, inclusive, para praticar o crime em análise. Ademais, é corolário lógico que a conduta do réu, além contribuir para a prática delituosa de contrabando/descaminho, tem o condão de macular a imagem da Polícia Militar frente à sociedade, suscitando descrédito. Conclusivo, portanto, que as circunstâncias judiciais "intensidade do dolo" e "perigo do dano" lhes são desfavoráveis. E, ainda, o réu demonstra possuir personalidade inteiramente distorcida dos princípios informadores da função de policial militar, voltada à prática de crimes e proteção a condutas delitivas, preferindo os interesses de criminosos aos interesses da sociedade, visando, com isso, tão somente vantagens econômicas, razão pela qual fixa-se a pena base acima do mínimo legal, precisamente em 04 (quatro) anos de reclusão.

Como bem se pode observar, o magistrado sentenciante fixou a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, o fazendo com base na valoração negativa das circunstâncias judiciais da "intensidade do dolo", do "perigo de dano" e da "personalidade".

No que diz respeito à intensidade do dolo, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Com efeito, a circunstância judicial atinente à intensidade do dolo deve se relacionar à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade, de modo que devem ser valoradas a frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo).

O magistrado sentenciante valorou negativamente a circunstância judicial da culpabilidade, explicitando o seguinte: *"(...) o réu foi incumbido pelos demais integrantes do esquema criminoso de se deslocar de uma cidade relativamente distante, com as despesas pagas, inclusive, para praticar o crime em análise"*.

Com efeito, é possível observar, claramente, que os fundamentos apontados pelo juiz da primeira instância para tonar negativa a "intensidade do dolo", correspondem exatamente aos elementos que devem ser efetivamente examinados no campo de análise dessa moduladora, pois houve efetiva apreciação do grau de reprovabilidade da conduta do agente, que, diante dos fatores apresentados, mostrou-se exacerbada e censurável.

Dessa forma, deve ser mantida a valoração negativa de tal circunstância judicial, de modo que ela continue a interferir na fixação da pena-base.

No que diz respeito à moduladora do perigo de dano, dúvida nenhuma persiste sobre a idoneidade da análise realizada nesse ponto. Além do dano ao próprio bem jurídico tutelado pela norma penal, a conduta do apelante também causou indiscutível abalo à credibilidade da instituição policial à qual pertence.

No caso, a conduta perpetrada pelo apelante atentou indiscutivelmente contra o sistema jurídico administrativo, violando especialmente o princípio da moralidade, do qual provém o dever de o agente exercer honestamente sua função pública, pautando-se na lealdade, na reciprocidade e na boa-fé, o que, porém, não foi observado pelo paciente.

Ademais, a ação ilícita do apelante percorreu a contramão da finalidade constitucional atribuída ao instituto da polícia militar, principalmente quanto ao seu papel no âmbito do seio da sociedade local.

Ora, a Constituição Federal é expressa em dizer, em seu art. 144, § 5º, que *"às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública"*, entendendo-se, num contexto geral, "ordem pública" como sinônimo de paz social.

Observa-se, então, que a verdadeira missão da Polícia Militar traz, em si, a execução de um serviço imprescindível para a manutenção de uma sociedade organizada. A disciplina, o senso do dever e a noção clara da missão a cumprir, são, portanto, virtudes eminentemente éticas e de observância indispensáveis para tal mister, constituindo, também, a base invisível de sustentação da instituição miliciana.

Também deve ser ponderado que, enquanto a proteção à honra é considerada para o civil no seu aspecto individual, para o militar, além da honra individual, preza-se tanto mais a honra da instituição à qual pertence, pela perpetuação do cumprimento do dever militar e pelo aprimoramento constante dos valores profissionais e das virtudes militares.

À luz do caso concreto, não se tem dúvidas de que a atuação criminosa do apelante feriu, de morte, o papel constitucional atribuído à Polícia Militar, ofendendo-se, de igual forma, a imagem e a reputação da corporação miliciana a que pertence perante a sociedade.

É inconcebível que um integrante da própria Polícia Militar, a quem cabe a preservação da segurança e ordem pública, se envolva em cometimento de crimes. Além de ser um contrassenso a tudo o que já foi exposto acima, o envolvimento do miliciano em atividade criminosa abala, de morte, toda a confiança depositada pela população a tal instituição, afinal, o papel de um policial militar é prevenir crime, e não cometê-los.

Com efeito, a hipótese concreta espelha uma situação inusitada e completamente indesejada pela população, e que deve ser fortemente repreendida pelo Poder Judiciário: um policial militar, cuja função é a de velar pela proteção ostensiva da sociedade, atuando de forma delinquente, às avessas do ordenamento jurídico, contribuindo para a exasperação do risco e da insegurança populacional.

Num contexto geral, a atuação ilícita de um integrante de instituição policial, como ora é visto no caso dos autos, acaba por atingir a idoneidade moral de toda uma corporação, que, repita-se, é fundamentada na confiabilidade, no renome, na grandeza e, sobretudo, no apreço da população.

Dessa forma, agindo da forma como descrita na exordial acusatória, o apelante, além de desvirtuar toda a finalidade constitucional atribuída ao exercício de sua função pública, denegriu a imagem e a confiabilidade social depositada na instituição da qual faz parte, instaurando, a partir de sua conduta, um clima de insegurança pública perante a sociedade, o que, em linhas gerais, ofende a ordem pública.

Por todos esses argumentos, reputo adequada a análise dessa circunstância judicial, que deverá ser mantida como prejudicial ao apelante, como feito em sentença.

No que diz respeito à personalidade, que foi considerada desfavorável com respaldo no retrospecto de vida do apelante, reputo que foi adequada a análise feita pelo magistrado sentenciante. Explico.

Por "personalidade", deve ser considerado *"o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa"*.[1]

De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, *"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."*[2]

Sobre o tema, é importante que seja ressaltado que não há qualquer empecilho para que os registros criminais do apelante sejam valorados como indicativos da sua personalidade "ruim", eis que são capazes de evidenciar o seu peculiar caráter de agressividade, perversidade, sobretudo, a sua tendência ao desrespeito da ordem jurídica.

Apesar de não existir unanimidade, existem julgados admitindo a valoração negativa dos antecedentes criminais, não amparados por sentença irrecorrível, como indicativo da personalidade ruim. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO PARA A VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CULPABILIDADE ACENTUADA. NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO À NÃO AUTO- INCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE DEMONSTRADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*
>
> *1. Impossível afastar a conclusão de existência de maus antecedentes e de personalidade voltada à prática delitiva, quando apontadas diversas outras anotações por crimes contra o patrimônio, indicativas de que o envolvimento do paciente com o ilícito não é esporádico, quando a documentação colacionada aos autos é insuficiente para afastar as afirmações feitas pelas instâncias ordinárias. (...).* (HC 178.141/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011).

No caso, mediante simples consulta ao sistema SIGO, é possível inferir que o crime em questão não se trata de um evento ilícito isolado na vida pregressa do apelante, na medida em que ele já incidiu no cometimento de outros crimes anteriores e posteriores ao fato apurado nestes autos. Há, inclusive, anotação policial acerca do envolvimento do apelante com o crime de "contrabando ou descaminho", conduta que está intimamente ligada ao fato criminoso sob persecução no processo, pois a proposta de corrupção feita pelo apelante dizia respeito exatamente à omissão quanto à interceptação de carretas e caminhões carregados de produtos contrabandeados, principalmente cigarros e pneus, com origem do Paraguai.

Diante desse contexto, indicativo do histórico de vida do apelante, pessoa que demonstra indicativos de ser voltada à transgressão do ordenamento jurídico, chega-se à conclusão de que ele tem caráter direcionado à agressividade e à perversidade, fatores que ensejam a consideração sobre a sua personalidade "ruim". Tal situação, a propósito, é um inequívoco contrassenso à atribuição funcional exercida pelo apelante, Policial Militar, que deveria zelar pela segurança e pela paz pública, e não causar instabilidade e intranquilidade social mediante a prática de infrações penais.

1 SCHIMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória – teoria e prática. Editora Juspodivm. 7ª Edição. 2012. Pág.132.

2 HC 50.331/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550

Em razão disso, há que ser considerada negativa a circunstância judicial da personalidade, de modo a influir na aplicação da pena-base do apelante, exatamente na forma como deliberada em sentença.

Perante o exposto, conclui-se que todas as circunstâncias judiciais negativamente valoradas pelo magistrado sentenciante são efetivamente prejudiciais ao apelante, não havendo falar, assim, em redução da pena-base.

De outro lado, reputo adequado o *quantum* de exasperação da pena em virtude de cada uma das circunstâncias judicias desfavoráveis, estando sintonizado aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, todos intrínsecos ao princípio da individualização da pena, que é de observância obrigatória na dosimetria penal.

Afasto, portanto, a presente pretensão recursal.

1.3. Do pedido de afastamento da agravante prevista no art. 70, II, alínea "g", do Código Penal Militar:

Novamente, melhor sorte não socorre a defesa nesse ponto.

De acordo com o art. 70, II, "g", do Código Penal Militar, é circunstância agravante da pena o fato de o agente ter cometido o crime *"com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão"*.

Indiscutível, pois, a incidência de tal agravante no caso dos autos.

Como já referido, o apelante, que exerce a função pública de Policial Militar, formulou proposta de corrupção a um outro Policial Militar da mesma corporação, no sentido de que este deixasse de interceptar veículos carregados de produtos contrabandeados (ato de ofício) vindos do Paraguai, em troca do pagamento da quantia em dinheiro de R$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais) em virtude de cada automotor não interceptado. Observa-se que a finalidade do apelante era, numa análise final, beneficiar-se financeiramente da retribuição lucrativa ilícita decorrente do contrabando ou descaminho de produtos importados.

Diante desse contexto, não se tem dúvida alguma de que a conduta típica do apelante violou dever inerente ao seu cargo. Ora, como já adiantado, a função do Policial Militar, consoante previsão constitucional, é a de promover a segurança pública, prevenindo a prática de infrações penais que possam pôr em risco a tranquilidade social e a ordem pública. Trata-se, pois, da essência do dever funcional atribuído ao Policial Militar.

Contudo, essa não foi a atitude adotada pelo apelante. No caso dos autos, é possível observar que o apelante, valendo-se do respeito e da autoridade atribuída à instituição à qual pertence, e, ainda, aproveitando-se da reciprocidade e do respeito reinante entre os integrantes da corporação, em contato pessoal com um colega de farda, apresentou-se como Policial Militar e formulou a proposta de corrupção que, felizmente, não foi aceita e foi comunicada aos superiores da instituição, o que desencadeou o presente feito.

Nada obstante, o que deve ficar ressaltado é que a conduta criminosa visava, numa análise final, fomentar a prática de crimes de contrabando e descaminho, o que poderia ser feito pela redução da fiscalização policial, cerne da proposta corruptiva feita pelo apelante. Portanto, a conduta do apelante violou frontalmente o seu dever funcional, que, repita-se, é o de prevenir a sociedade contra a prática de condutas criminosas.

Não é demais lembrar que o apelante estava em serviço quando do oferecimento da proposta de corrupção, o que já enseja a aplicação da agravante.

Assim, outra saída não há, diante do que foi apresentado, senão manter a incidência da agravante em questão, que tem pleno amparo nas circunstâncias fáticas vislumbradas no presente caso concreto.

Fica, dessa forma, afastada tal pretensão.

1.4. Do pedido de reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, II, do Código Penal Militar:

O pedido em evidência não comporta acolhimento.

Nos termos do art. 72, II, do Código Penal Militar, é circunstância que sempre atenua a pena o fato de ser meritório o comportamento anterior do agente.

Deliberando sobre o tema, a doutrina especializada[3] entende como "comportamento meritório" do agente "a sua vida profissional, como trabalhador, militar ou civil", que "extrapolem meras referências elogiosas, tão comuns na caserna".

Além do mais, como bem registrado pela ilustre Promotora de Justiça (fl. 899):

> *"O comportamento meritório, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, não se limita simplesmente a ausência de antecedentes criminais e inexistência de punições registradas no extrato de elogios e punições, é necessário comprovar que o agente seja dotado de postura exemplar tanto na vida profissional, no seio familiar, na comunidade onde vive, quanto na vida social, entre outros."*

Voltando os olhos à vertente situação, percebe-se que o apelante não merece ser agraciado pela circunstância atenuante em questão.

E isso porque não há nos autos qualquer tipo de prova capaz de demonstrar a lisura comportamental ou profissional do apelante no exercício de suas atribuições profissionais. Pelo contrário, o que há, em verdade, são indicativos de que o apelante tem conduta voltada à criminalidade, demonstrando envolvimento em outras infrações penais, inclusive relacionadas a crimes de contrabando e descaminho, demonstrando, com isso, a sua ânsia pela obtenção de benefício financeiro por meios ilícitos.

Assim, não estando reunidos, na hipótese concreta, os elementos necessários à incidência da atenuante em comento, afasto tal pretensão recursal.

1.5. Do pedido de abrandamento do regime inicial de prisão:

Sem razão à defesa.

Inicialmente, deve ser esclarecido que, de acordo com o Código Penal Militar (art. 61), a fixação do regime inicial de prisão deve seguir as diretrizes legislativas estabelecidas na legislação penal comum, ou seja, no Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40).

Segundo o Código Penal, para fixação do regime inicial de prisão, deve ser levada em consideração, além da quantidade de pena imposta (art. 33, § 2º, do CP), a eventual condição de reincidente do agente, a existência de circunstâncias judiciais a ele desfavoráveis (CP, art. 33, § 3º) e, ainda, a inteligência do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

No caso dos autos, embora a quantidade de pena aplicada ao apelante, ou seja, cinco anos e quatro meses de reclusão, admita, a princípio, a imposição do regime prisional semiaberto, a teor do art. 33, §

3 ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores./7ª ed./ Curitiba: Juruá, 2013, p. 180.

2º, "b", do Código Penal, a fixação de tal regime encontra óbice na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Tal situação potencializa a reprovabilidade da conduta típica, o que reclama a imposição de uma sanção penal de maior severidade, com o que não se coaduna a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado.

Afasto, portanto, tal pedido.

1.6. Do pedido de concessão do sursis da pena:

De igual forma, o recurso, nesse ponto, merece desprovimento.

No presente caso, nota-se que a pena aplicada é superior a dois anos. Tal situação, por si só, já impede a concessão do benefício em questão, por ilidir o preenchimento do requisito legal previsto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

2. Do Recurso Acusatório:

Como já relatado, o MP também recorreu da sentença. Em suas razões (fls. 862-874), a ilustre Promotora de Justiça de primeira instância pugnou pela reforma parcial da sentença, para o fim de condenar o denunciado Wilson Deivs Soares de Oliveira nos exatos limites da denúncia. O fundamento utilizado foi o de que as provas existentes no processo são suficientes no sentido de subsidiar a imposição do respectivo édito condenatório.

Adianto, de saída, que o recurso não deve ser provido.

Isso porque, analisando os autos, pode-se observar que, ao contrário do alegado, as provas coligidas durante a fase judicial não são capazes de subsidiar o pronunciamento de um juízo condenatório em desfavor do apelado, sobretudo pela fragilidade do contexto probatório no tocante à autoria do fato delituoso.

Com a finalidade de evitar desnecessária tautologia, invoco, como razões de decidir[4], os mesmos argumentos aventados pela i. Procuradoria-Geral de Justiça que, ao emitir parecer acerca da matéria, bem analisou o contexto probatório, deliberando o seguinte:

> *"Em que pese o entendimento da D. Promotora de Justiça, após detida análise dos autos, esta Procuradoria coaduna o posicionamento do MM. Juiz pelas seguintes razões.*
>
> *Segundo consta da denúncia "(...) na data de 13 de julho de 2013, pela manhã, na chácara localizada no Assentamento Amparo, Distrito de Itahum, município de Dourados/MS, os denunciados CB PM Vagner Amorim Alves e SD PM Wilson Deivs Soares de Oliveira, cientes da reprovabilidade de suas condutas e agindo em unidade de desígnios, ofereceram vantagem indevida ao CB PM Jean Carlos dos Santos Vieira, para que ele omitisse a prática de dever funcional, abnegando-se de interceptar caminhões com cigarros contrabandeados e, ainda, quando não estivesse trabalhando, deixasse de acionar os policiais militares de plantão, de modo que os produtos ilegais pudessem transitar sem intercorrências (...)" (fl. 05/06).*
>
> *Verifica-se que a autoria não restou comprovada de maneira clara e cristalina ao longo do caderno processual, sendo estas de caráter duvidoso.*

4 *"(...) Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "per relationem", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir". (AI 825520 AgR-ED, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-174 DIVULG 09-09-2011 PUBLIC 12-09-2011 EMENT VOL-02584-02 PP-00258).* (Destaquei),

O réu, ouvido em ambas as fases, negou a acusação, afirmando que na data dos fatos estava trabalhando como vendedor em uma loja de calçados em Nova Andradina/MS.

As testemunhas, Sonia Maria de Almeida Lima e Ana Carolina Vagetti Martins, ouvidas em juízo (fl. 568 – Sistema audiovisual), confirmaram que o acusado estava trabalhando na loja de calçados, no período da manhã até aproximadamente 15 horas.

Outrossim, vale exaltar que o CB PM Jean Carlos dos Santos Vieira em seu depoimento em juízo (fl. 568 - Sistema audiovisual), ao se referir à visita dos outros dois policiais, afirmou não saber os nomes deles, dizendo que não reconheceu o acusado Vagner como sendo um dos referidos policiais que lhe ofereceram vantagem indevida, bem como disse que o acusado Wilson Deivs era apenas parecido com um deles.

Assim, ante a ausência da comprovação de ter o réu efetivamente praticado o delito em comento não se pode prejudicá-lo a ponto de advir à condenação."

Nesse contexto, deve ser aplicada a premissa do "*in dubio pro reo*", com a consequente absolvição, ante a latente dúvida existente no campo da materialidade e da autoria do fato delituoso, pois, nas circunstâncias apresentadas, não se tem a devida confirmação de o apelado formulou proposta de corrupção ao policial Jean Carlos dos Santos Vieira.

O pronunciamento de um juízo condenatório exige do julgador a convicção plena da ocorrência do fato, o que não ocorreu na hipótese. Portanto, diante de tal contexto, para privilegiar uma melhor aplicação do direito, de forma mais aproximada do senso de justiça, é mais aconselhável que se absolva um possível acusado a condenar um provável inocente.

A realidade das provas colhidas no processo demonstra que não existe outra alternativa que não a absolvição, por não se ter construído um universo sólido de provas da existência do crime e da autoria do fato delituoso imputado ao apelado. Se inexistem provas sólidas para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é medida que se impõe. Os riscos advindos de uma eventual condenação equivocada são de gravidade indiscutível, o que faz com que a dúvida sempre milite em favor da acusada. E aqui, como já analisado, as dúvidas são sérias e não restaram superadas.

Nessa perspectiva, não havendo como ser superada a dúvida existente, deve prevalecer o entendimento pela absolvição do apelado Wilson Deivs Soares de Oliveira, já pronunciado em sentença, por não existir prova suficiente para a condenação, tudo com base no art. 439, "e" do Código de Processo Penal Militar.

3. Do Prequestionamento:

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

4. Do Dispositivo:

Posto isso, com o parecer, conheço dos recursos de apelação criminal interpostos pelo réu Alisson José Carvalho de Almeida e pelo Ministério Público Estadual, mas nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

São apelos interpostos por Alisson José Carvalho de Almeida e Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Justiça Militar Estadual da comarca de Campo Grande que condenou o primeiro apelante à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado pela prática do delito previsto no art. 309, do Código Penal Militar (corrupção ativa).

Alisson pugna pela absolvição, ante a insuficiência probatória. Alternativamente, pela redução da pena-base ao mínimo legal de 1 ano, conforme disposto no art. 58 do CPM; afastamento da agravante do art. 70, II, "g", do CPM e reconhecimento da atenuante descrita no art. 72, II, do CPM, com a devida compensação. Requer, ainda, o deferimento do *sursis*.

O e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o i. Revisor, Des. Carlos Eduardo Contar negam provimento aos recursos interpostos pelo Alisson José Carvalho de Almeida e Ministério Público Estadual.

Vou divergir em parte do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso interposto por Alisson José Carvalho de Almeida apenas para afastar as circunstâncias judiciais da personalidade e os antecedentes do réu.

Sobre a circunstância judicial da personalidade no voto inaugural, o e. Relator consignou que *"foi considerada desfavorável com respaldo no retrospecto de vida do apelante, reputo que foi adequada análise feito pelo magistrado sentenciante*."

No entanto, é impossível aderir a esse entendimento, porque 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). Conforme tenho reiteradamente decidido, o cidadão deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

O ilustre jurista Luigi Ferrajoli, adverte, aliás, que:

> *"O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao processo, e consequentemente aos problemas da jurisdição, o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é" (in* Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 208).

A jurisprudência já exarou o seguinte:

> *"PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente*

> *minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5° da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for lícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o.* (Apelação Crime Nº 70000907659, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 15/06/2000)

Além do mais, o apelante não foi submetido a exame de natureza psiquiátrica ou psicológica para aferir se realmente possui personalidade *"ruim"*, ou voltada *"à agressividade, perversidade",* como apontou o e. Relator, inexistindo nestes autos elementos hábeis que possam permitir que o julgador profira "diagnóstico" de tal natureza.

Quanto as certidões juntadas aos autos (p. 488-489 e 565) referem-se a inquéritos e processos em andamento, os quais não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base, e, portanto, os antecedentes do recorrente devem ser considerados como imaculados. Assim, reduzo a pena-base para 3 anos de reclusão.

Na segunda etapa, mantenho a incidência da agravante descrita no art. 70, II, "g', do CPM, no mesmo patamar aplicada na sentença de 1º grau de 1/3, restando a pena intermediária para 4 anos de reclusão, a qual fica estabelecida em tal patamar à míngua de outras modificadoras.

Modifico o regime prisional para o semiaberto, pois a pena não ultrapassa 04 anos de reclusão e o réu não é reincidente. Não há ensejo para a substituição da pena carcerária ou concessão do *sursis*.

Diante do exposto, divirjo em parte o e. relator para dar parcial provimento ao recurso interposto por Alisson José Carvalho de Almeida, a fim de afastar a reprovação da personalidade e os antecedentes na mensuração da pena-base, reduzindo a pena do réu para 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram o recurso defensivo , nos termos do voto do relator, vencido em parte o vogal. Por unanimidade, não proveram o recurso ministerial. Decisões com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 1º de junho de 2015.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 1403599-30.2015.8.12.0000 - Bonito
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO – ROL TAXATIVO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONVERSÃO DO FEITO EM *HABEAS CORPUS* – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM NÃO CONHECIDA.

Incabível o *mandamus*, por ausência de direito líquido e certo, para agregar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que não conhece da ordem de *habeas corpus*.

O *habeas corpus* e o mandado de segurança são remédios processuais de diferente natureza e requisitos, que não se confundem e não comportam conversão.

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, não conhecer do Mandado de Segurança. Ausente, por férias, a Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Campo Grande, 13 de maio de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Fernando Reverdito de Andrade impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato da MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito – MS que, nos autos nº 0000243-25.2015.8.12.0028, recebeu o recurso em sentido estrito sem, contudo, dar-lhe efeito suspensivo.

Enfatiza, em síntese, que impetrou ordem de *habeas corpus* preventivo perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bonito, apontando como autoridade coatora o Delegado de Polícia Civil de Bonito, alegando que exercia a profissão de guarda municipal e pretendia a expedição de salvo conduto, a fim de que fosse autorizado a portar arma de fogo particular de uso permitido e calibre permitido, devidamente registrada, fora do horário de serviço, mas dentro do limite territorial do município de Bonito/MS.

A ordem não foi conhecida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito, por ausência de violação ou ameaça de coação à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

Diante de tal decisão, interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi recebido somente no efeito devolutivo.

Sustenta que o direito líquido e certo não decorre do erro de julgamento contido na decisão da magistrada, mas no recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo.

Dessa forma, em sede de liminar, requereu seja atribuído efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito n. 0000243-25.2015.8.12.0028, interposto contra decisão que não conheceu do *habeas corpus*, a fim de que seja proibido, por meio de salvo conduto, que seja preso, constrangido, indiciado ou processado, por portar arma de fogo regularizada, em serviço ou fora dele, tal como ocorre em serviço, expedindo-se ofício para ciência da autoridade coatora e Secretaria de Segurança Pública do Estado, a fim de cientificar as forças policiais do Estado.

No mérito, pediu a procedência do pedido, para o fim de confirmar os efeitos da liminar.

Alternativamente, caso se entenda que o mandado de segurança era incabível, por, na verdade, o caso se referir a liberdade de locomoção, que seja conhecido como ordem de *habeas corpus*, com a consequente concessão de medida liminar.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 287-290).

As informações foram anexadas às fls. 293-312.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 315-324).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança impetrado por Fernando Reverdito de Andrade, por meio de advogados constituídos, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito.

Enfatiza, em síntese, que impetrou ordem de *habeas corpus* preventivo perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bonito, apontando como autoridade coatora o Delegado de Polícia Civil de Bonito, alegando que exercia a profissão de guarda municipal e pretendia a expedição de salvo conduto, a fim de que fosse autorizado a portar arma de fogo particular de uso permitido e calibre permitido, devidamente registrada, fora do horário de serviço, mas dentro do limite territorial do município de Bonito/MS.

A ordem não foi conhecida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito, porque *"a situação concreta não evidencia qualquer possibilidade de restrição ao direito de ir e vir do paciente, de que trata o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal"* (fl. 312).

Diante de tal decisão, o ora impetrante interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi recebido somente no efeito devolutivo (autos n. 0000243-25.2015.8.12.0028).

Sustenta que o direito líquido e certo não decorre do erro de julgamento contido na decisão da magistrada, mas no recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo.

Pois bem.

Como asseverei na decisão de indeferimento da liminar, não há previsão legal para atribuição de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto contra decisão que nega ordem de *habeas corpus* (fl. 289):

"(...)

Nos termos do art. 581, X, do CPP:

'Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

(...)

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus.'

E, ainda, prevê o art. 584 do CPP:

'Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.'

Verifica-se que não há previsão legal para a concessão de efeito suspensivo em caso de recurso em sentido estrito interposto contra decisão que nega a ordem de habeas corpus."

A respeito, ensina a doutrina[1]:

"Efeito suspensivo: O recurso em sentido estrito não deve suspender o curso do feito, exceto nos seguintes casos: a) perda da fiança; b) denegação ou julgamento de deserção da apelação. Não tem mais aplicação o disposto neste artigo à concessão do livramento condicional, unificação de penas, conversão de multa em prisão. Os dois primeiros passaram a ser disciplinados pela Lei de Execução Penal, passíveis de impugnação pela via do agravo, sem efeito suspensivo. O último caso foi extirpado pela modificação do art. 51 do Código Penal, inexistindo conversão de multa em prisão."

Desta forma, inexistindo previsão legal para atribuição de efeito suspensivo ao caso em tela, o feito carece de direito líquido e certo.

Como bem opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, *in verbis* (fl. 317):

"O mandado de segurança se presta à defesa de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data. Direito líquido e certo, por sua vez, segundo conceituado por Hely Lopes Meirelles, é:

'[...] o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais'[2].

[...]

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado acerca da impossibilidade de se admitir a impetração de mandado de segurança para se atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito. Veja-se:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 12ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1036.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 37.

HABEAS CORPUS. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MP. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. NÃO CABIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido do não cabimento de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a determinado recurso que não o possui. [...] (STJ. HC 296.848/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. [...] IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO CABÍVEL INTERPOSTO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 1. Conforme vem reiteradamente decidindo este Tribunal Superior de Justiça, é incabível a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público para conferir efeito suspensivo a recurso cabível interposto. [...] (HC 226.043/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 23/04/2013).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. [...] MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO [...] I - Afigura-se incabível, na espécie, a impetração de mandado de segurança para fins de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que indefere o pedido de prisão preventiva. (Precedentes). [...] (STJ. HC 308.129/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 06/03/2015).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. [...] MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO [...] I - Afigura-se incabível, na espécie, a impetração de mandado de segurança para fins de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão concessiva de liberdade provisória (Precedentes). [...] (STJ. HC 278.053/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 15/10/2014).

Entendimento este corroborado pelos Tribunais Estaduais:

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - EFEITO SUSPENSIVO QUE APENAS PODE SER ATRIBUÍDO EM HIPÓTESES TAXATIVAS. - A mais recente jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça orienta que não se admite a interposição de mandado de segurança para atribuição de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, interposto contra decisão que concedeu a liberdade provisória ao réu. - O art. 584 do Código de processo Penal elenca, de maneira taxativa, as hipóteses em que pode ser conferido o efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, inexistindo direito líquido e certo à atribuição deste efeito quando não se configurar qualquer uma delas. (TJ-MG - MS: 10000130696586000 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 20/11/2013, Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/12/2013).

MANDADO DE SEGURANÇA - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ROL TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. - As hipóteses de atribuição de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito são previstas taxativamente no art. 584 do Código de Processo Penal. Ausente o direito líquido e certo, inviável a utilização do mandado de segurança para transposição dos limites impostos

em lei, mormente em se tratando de restrição do direito de liberdade do réu. (TJ-MG - MS: 10000130986193000 MG , Relator: Silas Vieira, Data de Julgamento: 25/02/2014, Câmaras Criminais / 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/03/2014).

MANDADO DE SEGURANÇA PARA OBTER EFEITO A SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE REVOGOU A PRISÃO PREVENTIVA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. [...] 2. Incabível o mandamus, por ausência de direito líquido e certo, para agregar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que revogou prisão preventiva. Precedentes desta Corte. NÃO CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. (TJ-RS - MS: 70058324484 RS , Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 30/01/2014, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/02/2014).

*MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AGREGAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DE DECISÃO QUE REVOGOU A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DESCABIMENTO DO MANDAMUS. NÃO CONHECIMENTO. Não cabe a impetração de Mandado de Segurança pelo Ministério Público para a agregação de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão concessiva de liberdade provisória, por ausência de direito líquido e certo. Precedentes jurisprudenciais. NÃO CONHECIMENTO. (*TJ-RS. Mandado de Segurança Nº 70044254175, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 08/08/2011).

(...).”

Alternativamente, o impetrante pugnou pelo conhecimento do mandamus como ordem de habeas corpus preventivo.

Impossível também acolher o pedido alternativo, pois “são medidas processuais com requisitos e objetos diferentes, não se tratando de recursos que possam ser confundidos com base no princípio da fungibilidade.” (fl. 321).

Sem falar que a ordem de habeas corpus impetrada perante o Juízo da 1ª Vara Criminal de Bonito, deixou de ser conhecida pela autoridade apontada como coatora, porque “a situação concreta não evidencia qualquer possibilidade de restrição ao direito de ir e vir do paciente, de que trata o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal” (fl. 312).

Assim, impossível falar em conversão em *habeas corpus*, devendo o impetrante aguardar o julgamento do recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que não conheceu da ordem (n. 0000243-25.2015.8.12.0028), para que seja decidido se está ou não na iminência de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, devido ao fato de não poder portar armar de fogo fora do serviço (guarda municipal).

Desta forma, inexistindo direito líquido e certo a garantir, não conheço do presente mandado de segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do mandado de segurança. ausente, por férias, a Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 13 de maio de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0002633-46.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO EXECUÇÃO PENAL – INDULTO – CUMPRIMENTO DE PENA PELA PRÁTICA DE FURTO QUALIFICADO – REEDUCANDO PRIMÁRIO – MAIS DE 1/3 DE PENA CUMPRIDA – DECRETO 8.380/2014 – REQUISITOS PREENCHIDOS – FALTA GRAVE POSTERIOR – IRRELEVÂNCIA RECURSO PROVIDO.

A prática de falta grave posterior a publicação do Decreto 8.380/2014 não obsta a concessão do indulto.

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, prover o recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 9 de junho de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por José Maurício Alves Vilalva contra a decisão de f.44-46 que indeferiu seu pedido de indulto com base no Decreto 8.380/2014.

Para tanto, narra que foi condenado pela prática de furto qualificado à pena inferior a 4 anos, já havia cumprido mais de 1/3 da pena em 25/12/2014 , sendo que praticou novo delito em 13 de janeiro de 2015, o que não pode servir de óbice à concessão do indulto, por ser fato posterior.

Ao final, pugna pela reforma da decisão e concessão do indulto. Documentos de f.21-47.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo improvimento do recurso, às f.09-20.

Decisão mantida em juízo de retratação (f.48)

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.54-56) pelo improvimento do recurso.

Negado seguimento ao recurso em decisão monocrática, às f.58-62.

Por este relator, em sede de agravo regimental, reconsiderada a decisão para dar seguimento ao presente agravo (f. 70-71)

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por José Maurício Alves Vilalva contra a decisão de f.44-46 que indeferiu seu pedido de indulto com base no Decreto 8.380/2014.

A questão colocado em julgamento é a seguinte:

1) José Maurício cumpre pena global de 2 anos e 6 meses de reclusão pela prática de furto qualificado:

2) A pena começou a ser cumprida em 6 de outubro de 2013 e, em 18/11/2014 José Maurício obteve a progressão para o regime semiaberto, pois preenchidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, sendo o mesmo posto, de fato, no regime semiaberto em 19/12/2014 (f.87/92, da GR 0000957-38.2014.8.12.0054).

3) Elaborado novo cálculo de pena em 13/1/2015, José Maurício com a seguinte situação (f.94, da GR 0000957-38.2014.8.12.0054):

Controle de pena (situação em 13/01/2015)

Pena: dois anos e seis meses (art. 155 § 4º, IV do(a) CP) - Réu primário

Pena total: dois anos e seis meses

Pena cumprida: um ano, três meses e oito dias

Pena a cumprir: um ano, dois meses e vinte e dois dias

4) Em 13 de janeiro de 2015, José Maurício foi preso em flagrante pela prática do delito de roubo

5) A defesa técnica de José Maurício , em 22 de janeiro de 2015 , requereu a concessão do indulto e a consequente extinção da punibilidade, nos termos do Decreto 8.380/2014 (f.112-113, da GR 0000957-38.2014.8.12.0054)

3) Referido pedido foi indeferido, nos seguintes termos:

> *"[...]*
>
> *Decido.*
>
> *Em dezembro de 2014, a Presidente da República expediu Decreto n.º 8.380/2014 concessivo de indulto coletivo a diversas situações de presos, entre elas, concedeu aos condenados a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiados com a suspensão condicional da pena, se não reincidentes e tivessem cumprido 1/3 da pena até o dia 25.12.14, o direito ao indulto (artigo 1º, inciso I, do Decreto n.º 8.380/2014).*
>
> *Verifica-se que o reeducando não praticou falta grave nos últimos 12 meses contados da data da publicação do Decreto Presidencial, porém, tal não significa que suas condições subjetivas lhe permitam a graça presidencial, já que se evadiu do sistema carcerário e praticou um roubo na data de 13.1.15 (f. 98-105).*
>
> *Ora, demonstra que suas condições pessoais não se adéquam ao indulto, ainda que sua falta seja posterior, primeiro porque se evadiu, segundo porque cometeu um novo crime.*

Neste sentido é a orientação jurisprudencial:[...]

Logo, o acusado não preencheu o requisito subjetivo, pois demonstra vida voltada ao crime.

Diante o exposto, com fundamento no artigo 5.º, caput, do Decreto n.º 8.380/2014, indefiro o pedido de indulto formulado por José Maurício Alves Vilalva ante a ausência do requisito subjetivo.

P.I.C"

No caso concreto tenho que o pedido comporta provimento.

Prevê o Decreto 8.380/2014, DOU de 24.12.2014, o seguinte:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

I - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.

§ 1º A notícia da prática de falta grave ocorrida após a publicação deste Decreto não suspende e nem impede a obtenção de indulto ou da comutação de penas.

§ 2º As restrições deste artigo não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos X e XI do caput do art. 1º.

No caso concreto, verifica-se que José Maurício cometeu a falta grave em 2015, portanto, a mesma não pode ser considerada para afastar o pedido de indulto.

Anote-se que a falta grave não gerou a perda de dias remidos no cálculo de pena do agravante, uma vez que, conforme ficha de f.25-26, não foi considerado nenhum dia de pena remido no ano de 2014.

Por outro lado, em 18 de novembro de 2014, o juízo da Vara de Execução Penal consignou o seguinte: "Conforme se vê do atestado de conduta carcerária (f. 81), o reeducando tem demonstrado bom comportamento no cumprimento da pena durante o período em que está recolhido presídio local, a indicar estar apto ao trabalho honesto auxiliando sua família" (f.87 dos autos de origem).

Portanto, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso similar, " *a prática da infração disciplinar não pode ser entendida como desabonadora do comportamento do sentenciado, porque praticada em data não alcançada pelo aludido Decreto presidencial, o que torna a aplicação da comutação da pena direito subjetivo do condenado, não cabendo a interpretação extensiva na hipótese, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade.* (STJ; HC 244.623; Proc. 2012/0115145-1; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 29/05/2015)".

Aliás:

> *Não tendo sido apurada e registrada falta grave nos últimos 12 (doze) meses que antecederam a publicação do Decreto nº 7.873/2012, não há empecilho para a concessão do indulto natalino, uma vez preenchidos os requisitos necessários.* (TJMG; AG-ExP 1.0231.09.151957-0/004; Relª Desª Kárin Emmerich; Julg. 19/05/2015; DJEMG 29/05/2015)

O fato do agravante ter registro de atos infracionais não impede a concessão de indulto, pois o mesmo não implica em maus antecedentes e nem em reincidência, bem como, estaríamos colocando requisito não previsto em lei.

Desta forma, verifica-se que José Maurício até 25 de dezembro de 2014 havia cumprido mais de 1/3 de sua pena e, ainda, nos 12 meses anteriores à data supra mencionada, não há sanção aplicada por prática de falta grave, ou seja, preenchidos os requisitos necessários à concessão do indulto previstos no Decreto 8.380/2014

Ante o exposto, contra o parecer, voto pelo provimento do presente agravo em execução penal para conceder o indulto a José Maurício Alves Vilalva e, nos termos do artigo 1º, inciso I, do Decreto 8.380/2014 e, consequentemente, declaro extinta sua punibilidade, o que faço com fulcro no artigo 107, II do Código Penal.

Expeça-se o alvará de soltura, se por *al* não estiver preso.

Comunique-se na origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram o recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 09 de junho de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0006669-37.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – EXAME CRIMINOLÓGICO – PROGRESSÃO DE REGIME SEMIABERTO INTRAMUROS – NOVOS BENEFÍCIOS CONDICIONADO A PARECER DE PSIQUIATRA – RECURSO PROVIDO.

O fato de o exame criminológico concluir que o apenado não está apto a cumprir pena em regime mais brando e que apresenta personalidade perigosa e agressiva para o convívio social, *per si,* não pode ser empecilho para sua progressão ao regime semiaberto, uma vez que já cumpriu mais de 45% da pena, além de ter remido mais de 58 dias pelo trabalho, demonstrando sua intenção de se reintegrar à sociedade.

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, prover o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal, parcialmente.

Campo Grande, 7 de abril de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de agravo de execução penal interposta por Wesley de Moraes Burgos contra a decisão que indeferiu a progressão de regime, alegando, em síntese, que cumpriu a condição temporal e possui boa conduta carcerária, preenchendo, assim, todos os requisitos do artigo 112 da Lei Federal nº 7.210/84.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões às f. 109-121, pelo não provimento do agravo.

Decisão mantida em juízo de retratação, à f. 122.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f.128-139, pelo improvimento do recurso .

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposta por Wesley de Moraes Burgos contra a decisão que indeferiu a progressão de regime, alegando, em síntese, que cumpriu a condição temporal e possui boa conduta carcerária, preenchendo, assim, todos os requisitos do artigo 112 da Lei Federal nº 7.210/84.

A decisão combatida é a seguinte, às f. 104-106:

> *Trata-se de Execução da Pena imposta a Wesley de Moraes Burgos, na qual, para análise de benefícios, ante as peculiaridades do crime praticado, se determinou a realização de exame criminológico às f. 290-293 , cujo laudo foi juntando às f. 303-324.*
>
> *A seu respeito, o Ministério Público se manifestou pelo indeferimento da progressão de regime às f. 326-327, benefício que foi postulado pela defesa às f. 331-334 .*
>
> *Após, ante ao atestado de trabalho juntado ás f. 289, o Ministério Público se manifestou pela remição de 58 dias, ressalvando que deve haver o desconto de 1/3 (um terço), em razão da prática de falta grave pelo sentenciado às f. 346-347. A defesa, por sua vez, pugnou pela remição de 74 dias (f. 349).*
>
> *DECIDO.*
>
> *1- Da progressão:*
>
> *Com efeito, como já exposto na decisão de f. 290-293, o condenado cumpre pena de 16 anos e 11 meses de reclusão, pela prática de homicídio, com emprego de grave violência e por motivo fútil.*
>
> *As peculiaridades do crime praticado revelaram a necessidade de realização do exame criminológico, cujo laudo revela a necessidade de manutenção do custodiado no regime fechado, porquanto não preenche o necessário requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime. Nota-se que o exame criminológico indicou que o condenado possui diagnóstico de CID10 F60.1-TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ESQUIZOIDE, caracterizado por "retraimento dos contatos sociais, afetivos ou outros, preferência pela fantasia, atividades solitárias e a reserva introspectiva, e uma incapacidade de expressar seus sentimentos e a experimentar prazer" às f. 306, esclarecendo que o mencionado transtorno "pode desencadear surtos psicóticos diante de tensão, estresse ou uso de drogas, além, dessa eventualmente progredir pra a esquizofrenia propriamente dita, circunstâncias que podem fazer o sentenciado agir de forma impulsiva e em desacordo com a lei sem ter consciência da ilegalidade." às f. 307.*
>
> *Consta ainda do laudo que o apenado NÃO está em condições de aceitar o convívio social, não estando psicologicamente capacitado para o trabalho sem supervisão do Estado, sendo "conveniente que o examinado se submeta a tratamento psiquiátrico antes de progredir de regime".*
>
> *Registre-se que, por meio do exame criminológico, se concluiu que o apenado NÃO está apto a cumprir pena em regime mais brando e que apresenta personalidade perigosa e agressiva para o convívio social, estando ausente o requisito subjetivo para a progressão do regime.*
>
> *Tendo em vista tais conclusões da perícia, é forçoso reconhecer que assiste razão ao Ministério Público quanto à necessidade de se preservar o interesse público e a segurança pública, a fim de manter o réu em regime fechado até que esteja apto ao retorno ao convívio social, proporcionando-lhe tratamento psicológico e psiquiátrico.(...)*

> *Ante o exposto, entendendo ausente o requisito subjetivo, com fundamento no artigo 112 da Lei de Execução Penal, INDEFIRO o pedido de progressão de regime às f. 331-334, ademais acolhendo o parecer ministerial às f. 346-347, com fundamento no artigo 126, § 1º, inciso II, da Lei de Execução Penal, DEFIRO a remição de 58 dias pelo trabalho, relativa ao atestado de f. 289, nos seguintes termos:*
>
> *(...) Determino, desde já, a realização de novo exame criminológico no prazo de 1 (um) ano, contados da realização do último exame (07/11/2014), para a análise do requisito subjetivo para a concessão de benefícios. Remetam-se os autos ao Núcleo de Cálculo para elaboração de cálculo atualizado da pena. Com o cálculo, abra-se vista às partes, nos termos do artigo 277, § 1º, do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado. Intimem-se. Cumpra-se. Ciência ao Ministério Público. Campo Grande, 15 de janeiro de 2015. Gil Messias Fleming - Juiz de Direito.*

Como cediço, a progressão de regime prisional consubstancia benefício disposto ao condenado à pena privativa de liberdade, consistente na sua passagem de um regime mais rigoroso para outro mais suave.

A concessão desse benefício está adstrita ao preenchimento de determinados requisitos legais, de ordem objetiva e subjetiva, cuja indicação vem estampada no artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Neste contexto, pode-se verificar que para a concessão do benefício da progressão do regime prisional, é necessário o preenchimento de dois requisitos essenciais, quais sejam, o cumprimento de determinado lapso temporal da sanção privativa de liberdade imposta (critério objetivo) e a comprovação do bom comportamento carcerário do reeducando, comprovado pelo diretor do estabelecimento (critério subjetivo).

Na hipótese, o exame criminológico feito por psicólogo consignou como diagnóstico o *"CID10 F60.1-TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ESQUIZOIDE, caracterizado por "retraimento dos contatos sociais, afetivos ou outros, preferência pela fantasia, atividades solitárias e a reserva introspectiva, e uma incapacidade de expressar seus sentimentos e a experimentar prazer"* não se pode negar que o mesmo já cumpriu boa parte da pena aplicada, conforme cálculo realizado, às f. 383 (autos nº 0366407-24.2008.8.12.0001).

De acordo com o Informativo do Superior Tribunal de Justiça nº 0520 (Período: 12 de junho de 2013) "*Não é possível aos profissionais de psicologia estender seu campo de trabalho por meio de resolução, pois suas competências já estão fixadas na Lei 4.119/1962, que regulamenta o exercício da profissão*".(REsp 1.357.139-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/4/2013).

Some-se a isso, o fato do agravante ter remido 58 (cinquenta e oito) dias de pena, conforme recente cálculo de pena realizado em 27/03/2015, (autos nº 0366407-24.2008.8.12.0001), às f. 383, demonstrando tratar-se de reeducando que busca a sua reintegração ao meio social.

Importante consignar que incabível manter o agravante apenas no regime fechado, precipuamente porque segundo o cálculo realizado às f. 384 a pena do mesmo terminará em 28/12/2024.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento elaborado, tem-se que é insubsistente, porquanto a decisão guerreada foi consoante as previsões legais.

Desta forma, contra o parecer, defiro a progressão de regime para o semiaberto intramuros, condicionado a análise de futuros benefícios, após a emissão de novo laudo pericial confeccionado por psiquiatra, fixando o prazo de 10 (dez) dias para que o juízo da execução penal tome providências para implementar referida avaliação.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (1ª Vogal)

Peço vênia para divergir do ilustre relator, em parte. Apresento voto divergente, quanto à possibilidade de progressão de regime, pois entendo que seja o caso de mantê-lo no regime fechado.

Passo a justificar a divergência.

Pelo cálculo de liquidação da pena, vemos que o sentenciado já cumpriu em 27/10/2014 o lapso temporal exigido para progressão de regime.

Porém ficou claro que o sentenciado não preenche o requisito subjetivo exigido para concessão da progressão pretendida.

Explico.

O pedido de progressão, para ser atendido, necessita de requisitos subjetivos e objetivos a serem cumpridos.

O art. 112 da Lei de Execução Penal submete a concessão da progressão de regime à constatação de condições pessoais que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinquir, e para tal constatação pode ser necessário um exame que faça uma análise mais acurada do comportamento do mesmo.

Quanto a requisitos subjetivos, a exigência do juízo da execução de realização do exame criminológico para decidir sobre a progressão de regime é faculdade do magistrado, pois com a edição da Lei n. 10.792/2003 que alterou o artigo 112 da LEP, tal providência deixou de ser obrigatória para se aferir o cumprimento, pelo sentenciado, do requisito subjetivo, mas nada impede que seja feita, pois a lei deixou tal possibilidade ao critério do julgador, em consonância com as Súmulas Vinculante n. 26 do STF e 439 do STJ.

O exame criminológico, anteriormente indispensável para se aferir o preenchimento do requisito subjetivo exigido para a concessão de benefícios, após o advento da nova legislação tornou-se recurso excepcional, mas, se realizado e desfavorável tal exame, deve ser considerado como fator para a apreciação do pedido e eventual denegação do benefício.

Com efeito, a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça estipula que :"*Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada*", portanto, nada a objetar quanto à realização do exame.

Também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante a Súmula Vinculante nº 26:

> *" Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 190, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico" .*

No caso em análise, o magistrado singular determinou a realização do exame criminológico e designou um perito para a sua confecção, justificando que em face da gravidade do crime cometido pelo reeducando, entendia pela necessidade de realização da perícia técnica, a fim de se averiguar, com maior cautela, o preenchimento, ou não, do requisito subjetivo para aquisição do benefício pleiteado.

Então, o juiz entendeu necessário fazer tal exame, e o Exame Criminológico de fls. 303-324 concluiu que o sentenciado é acometido pelo transtorno de personalidade esquizoide, que pode acarretar em surtos

psicóticos, fazendo com que o sentenciado aja de forma ilegal, sem ter consciência da reprovabilidade de sua conduta; sendo conveniente que o sentenciado se submeta a tratamento psiquiátrico antes de progredir de regime; vez que não se apresenta psicologicamente capacitado para o convívio social ou ambiente de trabalho.

Após a análise desse documento técnico, embora tenha reconhecido o preenchimento do requisito objetivo (lapso temporal), o Juiz indeferiu o pedido de progressão de regime prisional ao reeducando, pela falta do requisito subjetivo, em decisão fundamentada.

Trata-se de saber se havia motivos para indeferir a progressão pretendida pelo agravante.

Cabe citar a decisão do juiz indeferindo a progressão de regime, nos seguintes termos:

> *" As peculiaridades do crime praticado revelaram a necessidade de realização do exame criminológico, cujo laudo revela a necessidade de manutenção do custodiado no regime fechado, porquanto não preenche o necessário requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime.*
>
> *Nota-se que o exame criminológico indicou que o condenado possui diagnóstico de CID10 F60.1 TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ESQUIZOIDE, caracterizado por 'retraimento dos contatos sociais, afetivos ou outros, preferência pela fantasia, atividades solitárias e a reserva introspectiva, e uma incapacidade de expressar seus*
>
> *sentimentos e a experimentar prazer' (f. 306), esclarecendo que o mencionado transtorno 'pode desencadear surtos psicóticos diante de tensão, estresse ou uso de drogas, além, dessa eventualmente progredir para a esquizofrenia propriamente dita, circunstâncias que podem fazer o sentenciado agir de forma impulsiva e em desacordo com a lei sem ter consciência da ilegalidade.' (f. 307).*
>
> *Consta ainda do laudo que o apenado NÃO está em condições de aceitar o convívio social, não estando psicologicamente capacitado para o trabalho sem supervisão do Estado, sendo 'conveniente que o examinado se submeta a tratamento psiquiátrico antes de progredir de regime'.*
>
> *Registre-se que, por meio do exame criminológico, se concluiu que o apenado NÃO está apto a cumprir pena em regime mais brando e que apresenta personalidade perigosa e agressiva para o convívio social, estando ausente o requisito subjetivo para a progressão do regime.*
>
> *Tendo em vista tais conclusões da perícia, é forçoso reconhecer que assiste razão ao Ministério Público quanto à necessidade de se preservar o interesse público e a segurança pública, a fim de manter o réu em regime fechado até que esteja apto ao retorno ao convívio social, proporcionando-lhe tratamento psicológico e psiquiátrico.*
>
> *(...) Ante o exposto, entendendo ausente o requisito subjetivo, com fundamento no artigo 12 da Lei de Execução Penal, INDEFIRO o pedido de progressão de regime (f. 31-34), ademais acolhendo o parecer ministerial (f. 346-347), com fundamento no artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal, DEFIRO a remição de 58 dias pelo trabalho (...)."*

Diante dessa conclusiva prova técnica, entendo que a decisão está correta e bem fundamentada, pois o juiz indeferindo a progressão do regime ao sentenciado, perante a conclusão técnica de que o agravante não ostenta, no momento, condição de adaptação ao regime prisional menos severo (semiaberto), já que o Perito concluiu por sua inaptidão no quesito reinserção social.

No caso presente, após realizado o Exame Criminológico, o agravante foi diagnosticado com Transtorno de Personalidade Esquizoide (CID10 F60.1), cabendo citar a fundamentação do laudo e algumas Respostas aos Quesitos do Juízo (fls. 52-59):

> *"2) Apresenta ele característica de periculosidade latente com manifestações atuais? Apresenta sinais de que voltará a delinquir?*
>
> *O examinado é acometido pelo transtorno de personalidade esquizoide, que pode acarretar em surtos psicóticos, fazendo com que o examinado aja de forma ilegal, sem ter consciência da reprovabilidade de sua conduta.*
>
> *3) Está o condenado apto a cumprir pena em regime prisional mais brando?*
>
> *Não, é conveniente que o examinado se submeta a tratamento psiquiátrico antes de progredir de regime.*
>
> *4) Tem o condenado consciência de que infringiu norma de conduta? Mostra-se arrependido dos crimes que cometeu?*
>
> *Sim, no entanto não demonstrou arrependimento nem sentimento de culpa ou capacidade de empatia.*
>
> *5) Tem ele consciência da moral social?*
>
> *Sim, desde que não esteja em surto psicótico.*
>
> *6) Demonstra estar em condições de aceitar o convívio social e/ou ambiente de trabalho, ou apresenta ainda sinais que demonstram não ser conveniente a sua adaptação ao meio social?*
>
> *O examinado não se apresenta psicologicamente capacitado para o convívio social ou ambiente de trabalho."*

O Perito ainda respondeu que o examinado não se apresenta psicologicamente capacitado para o trabalho sem supervisão do Estado e concluiu ser 'conveniente que o examinado se submeta a tratamento psiquiátrico antes de progredir de regime'.

Veja-se a sua resposta ao quesito 9:

> *"9) É de ser guardada alguma cautela com relação ao examinado? Qual? Por quê?*
>
> *-Sim, a manutenção do examinado do regime em que o examinado se encontra, aliada à submissão desse a tratamento psiquiátrico ."*

É importante que, mesmo em caso de enfermidade ou perturbação do tipo psiquiátrico, ou sobretudo neste caso, possa haver uma solução para tais problemas e seja possível a expectativa de que o sentenciado possa progredir de regime e reintegrar-se à sociedade, e felizmente no caso presente isto não está inviabilizado no futuro, pois o Perito aponta o caminho, que é, por ora," manter-se o sentenciado no regime fechado, e submeter-se ao tratamento psiquiátrico antes de progredir de regime".

O que fica claro no laudo é absoluta contundência das respostas no sentido de ser absolutamente inviável progressão de regime no presente momento, devido às respostas desanimadoras quanto à possibilidade de o reeducando neste momento pautar sua conduta de molde a se integrar no convívio social e se adequar ao ambiente de trabalho, já que o Perito concluiu que o requerente não está apto *para o convívio social ou ambiente de trabalho, "não se apresenta psicologicamente capacitado para o trabalho sem supervisão do Estado."*

O perito aferiu o atual quadro psicológico do reeducando e sua aptidão para o retorno da vida no âmbito social, e redigiu laudo fundamentando e respondendo a quesitos e concluindo pela impossibilidade de encaminhar o reeducando ao regime semiaberto. Ali afirmou que ele não está apto ao convívio social nem a ambiente de trabalho sem vigilância do Estado, e afirmou que deve ele ser mantido no regime em que se encontra, além de ser submetido a tratamento psiquiátrico.

Diante dessa conclusiva prova técnica, não se mostra desarrazoada a decisão do juiz indeferindo a progressão do regime ao sentenciado, perante a conclusão técnica de que o agravante não ostenta, no momento, condição de adaptação ao regime prisional menos severo (semiaberto), já que o Perito concluiu por sua inaptidão no quesito reinserção social e adaptação ao trabalho.

Outrossim, entendo que a ausência de parecer ou laudo feito por Perito Psiquiatra não invalida o exame criminológico.

Com efeito, a composição da equipe de avaliação, tal como descrita no artigo 7º da Lei de Execução Penal, foi idealizada pelo legislador de forma a abranger profissionais de diversas áreas, com conhecimento técnico acerca da personalidade e do comportamento do sentenciado.

A opinião dos especialistas contribui, assim, para a formação da convicção do magistrado no processo de individualização da pena.

Embora se possa alegar que a ausência do médico psiquiatra comprometa, em alguns casos, o resultado do exame criminológico, tal circunstância não acarretará a nulidade do estudo.

Isto porque o parecer elaborado pelo psicólogo é apenas um dos elementos sopesados, quando da aferição do mérito do sentenciado. Suas conclusões não vinculam o convencimento do julgador que pode, inclusive, dispensar a realização do exame, caso conclua por sua desnecessidade.

A opinião do psiquiatra seria apenas indispensável nas situações em que se questiona a higidez mental do apenado. Todavia, essa não é a hipótese dos autos.

As conclusões apresentadas pelo psicólogo traçaram de modo suficiente o perfil psicossocial do sentenciado, sendo dispensável, portanto, sua complementação por eventual relatório médico.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 112 DA LEP. AUSÊNCIA DE MÉDICO PSIQUIATRA. APLICAÇÃO DO ART. 563 DO CPP.*
>
> *1. Para a concessão da progressão de regime, devem estar preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos, nos termos do art. 112 da Lei n.º 7.210/84 (redação anterior à publicação da Lei n.º 10.792/2003). Não possuindo o ora Recorrente mérito suficiente, devidamente reconhecido pela Comissão Técnica de Classificação - CTC, inexiste a possibilidade da concessão de tal benefício.*
>
> *2. Ademais, não havendo qualquer indício de distúrbio mental do Sentenciado, inexistindo, pois, qualquer prejuízo decorrente da ausência do médico psiquiatra na Comissão Técnica de Classificação - CTC, não há falar em nulidade do ato, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.*
>
> *3. Recurso não conhecido."* (REsp 619950/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29.11.2004).

> *"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INOBSERVÂNCIA DO ART. 7º DA LEP. INEXISTÊNCIA DE PSIQUIATRA NA COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ART. 112, CAPUT, DA LEP. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. CONDUTA NÃO MERITÓRIA. ART. 157 DO CPP. LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE À PROGRESSÃO. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *A ausência do psiquiatra na Comissão Técnica de Classificação não acarreta, de pronto, nulidade, se não detectado prejuízo ao recorrente, aplicando-se, ao caso, o disposto no art. 563 do CPP.*
>
> *Não possuindo mérito suficiente para à progressão de regime, devido à má conduta, não há falar-se em direito à progressão de regime, pois ausente o requisito subjetivo necessário, conforme disposto no art. 112, caput, da Lei de Execuções Penais.*
>
> *Ademais, no Processo Penal, vige o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, a permitir o juiz formar o seu convencimento pelas provas constantes dos autos.*
>
> *Recurso a que se nega provimento."*(REsp 623032/RS, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 31.05.2005)

Por isso, embora o agravante tenha satisfeito o requisito de ordem objetiva, o reeducando deixou de satisfazer o requisito subjetivo, determinado pelo art. 112 da LEP, diante da realização de exame criminológico, o qual concluiu pela inaptidão do agravante para a progressão vindicada.

Assim, não se encontra ilegalidade nem erro evidente na decisão indeferitória, que apresentou-se devidamente fundamentada, e que correspondeu ao livre convencimento motivado do juiz, indeferindo o pleito de progressão do regime prisional com amparo na inaptidão do recorrente para o retorno ao convívio social, atestados no laudo de exame criminológico.

Pelas razões esposadas pelo magistrado *a quo* , entendo que não estão satisfeitos os requisitos de ordem subjetiva necessários à concessão da progressão de regime, por isso não há como deferir o pleito do agravante, quanto à progressão imediata do regime.

Entretanto, entendo que parte da decisão do Juiz não merece ser mantida, que é a determinação de ser feito novo exame criminológico em um ano, pois entendo que esse prazo é longo demais, assim, o novo exame criminológico deverá ser realizado no prazo de trinta dias, uma vez que já decorreram alguns meses desde a data em que foi realizado o exame questionado, e também, de ofício entendo necessário que o juiz providencie e determine avaliação médica psiquiátrica do reeducando para lhe possibilitar o tratamento de que necessita.

Conclusão.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, e divergindo do Relator, dou parcial provimento ao agravo, para manter a decisão que indeferiu o pedido de progressão de regime ao agravante, mas determinar que o novo exame criminológico seja realizado no prazo de 30 (trinta) dias.

De ofício, e tendo em vista as conclusões do laudo pericial, determino que o juiz providencie para que imediatamente seja encaminhado o reeducando a consulta psiquiátrica para lhe ser proporcionado o tratamento psiquiátrico que o Perito recomendou.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, parcialmente.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 07 de abril de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1406478-10.2015.8.12.0000 - Jardim
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – 120 GRAMAS DE MACONHA – PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Apesar de cabível a prisão preventiva no caso concreto, a substituição desta por medidas cautelares revela ser medida menos onerosa, mais adequada e proporcional, tendo em vista a situação concreta do paciente, que é primário e, no caso de eventual condenação, dificilmente iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

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, conceder parcialmente a ordem, com o parecer.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Rodrigo Schimidt Casemiro, em favor de Gilson Correa da Costa, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim.

Sustenta, em apertada síntese que, o paciente encontra-se preso cautelarmente desde 19.02.2015, porque fora flagrado, juntamente com Glaucia Dias, guardando 120 gramas de maconha, sendo-lhe imputada a prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e art. 35, ambos da Lei 11.343/06.

Aduz que não fora presenciado qualquer ato de mercancia da droga, bem como a pequena quantidade encontrada era para uso pessoal do paciente.

Assevera que não estão presentes os requisitos do art. 312 para justificar a prisão antecipada, bem como em caso de eventual condenação, por ser o paciente primário e de bons antecedentes, fará jus a regime prisional menos gravoso, estando a sofrer constrangimento ilegal.

Liminar indeferida, às f.70-71.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 74-83.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.85-92, pela concessão parcial da ordem, para aplicar as medidas cautelares constantes no art. 319, I, II e IV do Código de Processo Penal.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Rodrigo Schimidt Casemiro, em favor de Gilson Correa da Costa, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim.

Sustenta, em apertada síntese que, o paciente encontra-se preso cautelarmente desde 19.02.2015, porque fora flagrado, juntamente com Glaucia Dias, guardando 120 gramas de maconha, sendo-lhe imputada a prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e art. 35, ambos da Lei 11.343/06.

Aduz que não fora presenciado qualquer ato de mercancia da droga, bem como a pequena quantidade encontrada era para uso pessoal do paciente.

Assevera que não estão presentes os requisitos do art. 312 para justificar a prisão antecipada, bem como em caso de eventual condenação, por ser o paciente primário e de bons antecedentes, fará jus a regime prisional menos gravoso, estando a sofrer constrangimento ilegal.

A prisão preventiva do paciente foi decretada para a garantia da ordem pública, e para assegurar a instrução probatória, porque *"há nos autos principais provas da existência dos crimes considerados, bem como indícios suficientes acerca da autoria imputada ao ora suplicante, o qual inclusive, quando de seu interrogatório repartição policial, admitiu ter guardado não só maconha, mas como também crack, para terceiros comercializarem, consoante se verifica das fls. 12-13, dos autos principais de n.º 0087-12.205.8.12.013. Assim, a prisão se justifica no presente caso para a garantia da ordem pública, pois, além da gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, que ofende a saúde pública e tem repercussão social, verifica-se, também, a gravidade de sua conduta de modo concreto.Consideradas tais circunstâncias, a manutenção da prisão do requerente visa acautelar o meio social, ressaltando-se que sua soltura no presente momento geraria sensação de impunidade e descrédito na Justiça. Outrossim, convém anotar que primariedade, residência fixa e profissão definida não são, por si só, fatores preponderantes na concessão da liberdade provisória, uma vez que há a necessidade de análise de outros fatores diretamente ligados à natureza dos crimes e às circunstâncias em que ocorreram, bem como a sua repercussão na sociedade local*" (f. 62-64).

Entendo que no caso em apreço, não restam presentes os requisitos do art. 312 do CPP ante a pequena quantidade e natureza do entorpecente apreendido (120 gramas de maconha).

A liberdade é a regra em nosso ordenamento jurídico e a segregação cautelar medida de exceção.

Com o advento da Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, a prisão preventiva deve ser evitada ao máximo, tendo em vista a possibilidade da mesma ser substituída por medidas cautelares.

Portanto, "A prisão cautelar deve ser imposta somente como *ultima ratio*, sendo ilegal a sua determinação quando suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas. (STJ - HC: 293300 MG 2014/0094320-2, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 26/08/2014, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 18/11/2014)".

No caso concreto, verifica-se que o paciente é primário, além de que confessou a fase policial que guardou a droga a pedido da co-indiciada Gláucia.

Assim, no caso concreto, as medidas cautelares são suficientes ainda mais levando-se em conta o princípio da princípio da homogeneidade, consequência direta da aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que em caso de eventual condenação o paciente dificilmente iniciará o cumprimento da pena no regime fechado.

Não se mostra razoável manter alguém preso cautelarmente em "regime" muito mais gravoso do que aquele que, ao final do processo, será eventualmente imposto.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POUCA POTENCIALIDADE LESIVA. ORDEM CONCEDIDA. I. Considerando-se o excessivo lapso temporal decorrido entre a prisão do paciente até a data em que está pautada a audiência de instrução e julgamento, patente está o constrangimento ilegal; II. A demora desmesurada para o encerramento da instrução criminal não pode ocorrer em prejuízo do paciente; III. A prisão cautelar exige, além dos requisitos do art. 312 do CPP, indícios de traficância, consubstanciada na quantidade apreendida, que aponte a uma potencialidade lesiva e a gravidade concreta do fato delituoso imputado ao acusado; IV. Ordem concedida.* (TJAM; Proc. 4001322-77.2015.8.04.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Juiz Conv. Djalma Martins da Costa; DJAM 22/06/2015; Pág. 29)
>
> *- HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRIMARIEDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. I. Muito embora conste nos autos cópia de auto de prisão em flagrante a narrar apreensão de substância entorpecente, não se extrai da espécie sub studio gravidade suficiente e concreta a justificar a medida extrema, mormente em se considerando a primariedade do paciente e a diminuta quantidade de droga arrecadada. (*TJMG; HC 1.0000.15.037023-7/000; Rel. Des. Matheus Chaves Jardim; Julg. 11/06/2015; DJEMG 22/06/2015)
>
> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES MAIS BRANDAS. SUFICIÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 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. Os requisitos da imposição das medidas cautelares e da prisão preventiva assemelham-se, e apenas se distinguem uma da outra em relação à proporcionalidade e suficiência. Sem a demonstração da indispensabilidade da prisão preventiva, que sempre é caracterizada pela nota 29 de excepcionalidade, deve esta ser revogada ou substituída por providências mais brandas, que, no caso concreto, mostraram-se as mais aconselhadas para as finalidades cautelares. Ordem parcialmente concedida, contra o parecer. (*TJMS; HC 1405775-79.2015.8.12.0000; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 17/06/2015; Pág. 28)

Deixo de estender os benefícios à co-indiciada Glaucia Dias, porque em consulta ao SAJ -1º grau verifico que não se encontra na mesma situação que a do ora paciente

Ante o exposto, com o parecer, concedo parcialmente a ordem para converter a prisão preventiva de Gilson Correa Costa nas seguintes medidas cautelares:

1) Comparecer a todos os atos do processo.

2) Comparecer bimestralmente no juízo (Processo 0000887-13. 2015.8. 12.0013 /2ª Vara de Jardim) para informar endereço e atividades.

3) Proibição de se ausentar da Comarca de Jardim sem prévia comunicação e autorização do juízo processante;

4) Obrigação de se recolher à sua residência das 22 horas até às 6 horas do dia seguinte, bem como, sábados, domingos e feriados;

O desrespeito a tais condições implica em revogação automática das referidas medidas cautelares e recolhimento do paciente e do corréu ao cárcere cautelar e, ainda, sem prejuízo, de novo decreto de prisão preventiva do paciente pelo MM. Juiz de primeiro grau, por novos fundamentos, caso a situação de fato objetiva assim o recomende.

Expeça-se o alvará de soltura, se por al, não estiver preso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam parcialmente a ordem, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001931-89.2010.8.12.0030/50000
Brasilândia
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE APLICOU O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIME AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE – RECORRENTE QUE É HABITUAL EM CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE – RECURSO IMPRÓVIDO – PRECEDENTES DO STJ.

É incabível a aplicação do Princípio Bagatelar ao embargante que responde por outros delitos de mesma natureza, se verificada a habitualidade e contumácia na prática criminosa.

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 infringentes, nos termos do voto da relatora. Ausentes, por férias, o Des. Dorival Moreira dos Santos e o Des Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 8 de abril de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Wilson Costa interpõe o presente embargos infringentes visando a prevalência do voto vencido do Des. Ruy Celso Barbosa Florence que por ocasião da apelação aplicou o princípio da insignificância ao crime ambiental de pesca mediante emprego de petrecho não permitido (espinhel), previsto no art. 34, § único, inciso II da Lei 9.605/1998.

O Parecer Ministerial, às f.14-17, contra-arrazoa pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Como acima relatado, questão nodal ao deslinde do caso reside em se definir se os crimes de natureza ambiental, tal como o caso em tela, são passíveis de aplicação do princípio da insignificância.

Sobre o tema o STJ tem admitido a aplicação da insignificância em crimes ambientais, desde que o agente não esteja respondendo por outros crimes ambientais, para tanto, veja-se o julgado AgRg no AREsp 531.448/MS, da relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 04/11/2014 e originário do TJMS:

> *"(...) REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DA ESPÉCIE E TAMANHO DOS PEIXES DEVIDAMENTE REALIZADA POR POLICIA AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. FÉ PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIMES DE MESMA NATUREZA.*
>
> *1. Este Superior Tribunal possui jurisprudência no sentido de que a materialidade do crime ambiental pode ser verificada com base em laudo realizado por policiais ambientais, que gozam de fé pública.*
>
> *2. É incabível a aplicação do Princípio Bagatelar ao sentenciado que responde por outros delitos de mesma natureza, dada sua índole repetitiva na prática criminosa.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."*

Pois bem, no caso em tela, constato que o recorrente pescou apenas dois peixes (pintados) com o espinhel, deixando transparecer tratar-se de uma pequena lesão ao meio ambiente.

Entretanto a elevada reprovabilidade da conduta e lesividade ao meio ambiente a impedir a aplicação do princípio da insignificância está demonstrada no documento às f.48 que registra que o recorrente é habitual em delitos contra o meio ambiente, tanto que foi condenado nos autos 030.04.000935-1 (sem informação de trânsito em julgado) à pena de 01 ano e 03 meses de detenção pelo mesmo crime em tela (pesca com petrecho proibido), bem como responde nos autos 030.08.000855-0, por outro crime de pesca com petrecho proibido, e por fim, ainda consta que responde a outros dois delitos, também ambientais, nos autos 030.00.000112-0 e autos 030.10.001931-5.

Considerando a habitualidade delitiva do recorrente em crimes de natureza ambiental, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, improveram os embargos infringentes, nos termos do voto da relatora. Ausentes, por férias, o Des. Dorival Moreira dos Dantos e o Des Ruy Celso Barbosa Florence.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 08 de abril de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0008171-45.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – ABORDAGEM POLICIAL A CIDADÃO PROMOTOR DE JUSTIÇA – INOBSERVÂNCIA DE NORMA, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO – ABSOLVIÇÃO NA INSTÂNCIA SINGELA – RECURSO MINISTERIAL VISANDO A CONDENAÇÃO DOS RECORRIDOS POLICIAIS – NÃO PROVIDO – ABORDAGEM POLICIAL EFETUADA SOB FUNDADA SUSPEITA – ALEGADA AUSÊNCIA DE FALTA DE DECORO OU POLIDEZ DOS MILICIANOS – NÃO DEMONSTRADA CABALMENTE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MILITAR – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em condenação se as provas carreadas aos autos demonstram que a abordagem policial ocorreu sob fundada suspeita de ilícitos às vésperas de eleições, e se o procedimento de abordagem policial não extrapolou normas de segurança ensinadas nas Academias de Polícia, e além de tudo toda a ocorrência não redundou em qualquer prejuízo para a Administração Pública Militar.

Contra o Parecer Ministerial, 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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público Estadual**,** inconformado com as absolvições de Rafael Custódio Alves e Ronaldo Lopes da Silva do crime militar de inobservância de lei, regulamento ou instrução, previsto no art. 324 do CPM c/c art. 26 e 28, ambos do Estatuto dos Policiais Militares do MS, Lei Complementar Estadual nº 53/1990, interpõe o presente recurso.

O *parquet* sustenta que as provas carreadas aos autos são hábeis a lastrear um acertado decreto condenatório.

Os recorridos contra-arrazoam, às f.331-353 pela mantença da decisão lançada.

O parecer ministerial opina, às f.359-367, pelo provimento recursal.

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Consta nos autos que:

No dia e horário dos fatos, os apelados estavam em ronda ostensiva pela cidade de Paranaíba/MS, quando na Rua Tomé Mariano Sobrinho, visualizaram o veículo GM S-10, o qual era conduzido pelo Promotor de Justiça Gilberto Robalinho da Silva.

Os policiais decidiram abordar referido veículo, emitindo sinal de luz e sonoro. Acatando de imediato a ordem de parada, o Dr. Gilberto estacionou seu veículo, desceu do automóvel e se dirigiu aos acusados, dizendo: "Boa noite, eu sou Gilberto Robalinho", ocasião em que o Tenente Alves respondeu-lhe de forma grosseira: "e daí, eu sou o Tenente Alves", momento em que Gilberto recebeu ordem para que se posicionasse atrás do veículo.

Em seguida, os policiais de arma em punho e apontando-a para o ofendido, realizaram revista pessoal e no interior de seu veículo, e, posteriormente, o questionaram acerca de onde estava vindo e qual era seu destino.

Consta também que os acusados solicitaram ao civil que apresentasse os documentos pessoais e do veículo, tendo o abordado entregue cópia autenticada de sua carteira funcional e documentos do carro. Contudo, mesmo cientes de que se tratava de um membro do Ministério Público Estadual, os acusados ainda checaram as placas do veículo junto ao CIOPS, para, após, liberar o abordado.

Discordando da referida abordagem, o Promotor Gilberto Robalinho da Silva solicitou o nome dos policiais, no que foi atendido, tendo anotado os dados em sua agenda pessoal, oportunidade em que, de maneira irônica, foi corrigido pelo Tenente Alves, que lhe disse que o horário anotado deveria ser alterado de 8:15 horas para 20:15 horas, pois caso contrário, poderia errar o horário da abordagem.

Finalmente, o abordado deixou o local em seu veículo e procurou o Comandante da unidade militar daquela urbe, a quem relatou o ocorrido e solicitou providências, tendo sido instaurada a Sindicância Portaria n.º 0674/CORREG/PMMS/SIND/2012.

Ao final a denúncia ofertada, notadamente às f.03 dos autos, consigna que *"(...) O contexto dos fatos evidencia que os denunciados agiram de maneira arbitrária, autoritária e abusiva, desrespeitando os direitos básicos do cidadão, como a dignidade e a liberdade de locomoção. Destacando-se que, a revista pessoal e do veículo não eram justificáveis na ocasião, já que a vítima não se encontrava em situação suspeita, bem como havia acatado prontamente a ordem de parada e atendido à todas as solicitações dos denunciados, sem qualquer questionamento..."*.

Cabe então analisar a tipicidade da conduta dos policiais.

O art. 324 do CPM, norma em branco que é, assim preceitua:

> *"(...) Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:*
>
> *Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano (...)".*

Da leitura do dispositivo acima transcrito é possível visualizar que referido artigo somente tem aplicação se o militar I- Está no exercício de função e se, II- a inobservância da Lei, Regulamento, ou Instrução, causou prejuízo à administração pública militar.

No caso em tela a norma tipificadora invocada pela acusação é o Estatuto da Polícia Militar de MS, Lei 53/1990, notadamente seus arts. 26 e 28 que assim prescrevem:

> *"(...) Art. 26. O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar conduta moral e profissional irrepreensível, com observância dos seguintes preceitos da ética policial-militar:*
>
> *I - amar a verdade e a responsabilidade com fundamento da dignidade pessoal;*
>
> *II - exercer com autoridade, eficiência e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;*
>
> *III - respeitar a dignidade da pessoa humana;*
>
> *IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;*
>
> *V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação dos méritos dos subordinados;*
>
> *VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual, físico e também pelo dos subordinados tendo em vista o cumprimento da missão comum;*
>
> *VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço;*
>
> *VIII - praticar a camaradagem e desenvolver o espírito de cooperação permanente;*
>
> *IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;*
>
> *X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa relativa à Segurança Nacional ou matéria interna da Corporação;*
>
> *XI - respeitar os representantes dos Poderes Constituídos, acatando suas orientações sempre que tal procedimento não acarrete prejuízo para o serviço da Corporação;*
>
> *XII - cumprir seus deveres de cidadão;*
>
> *XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e particular;*
>
> *XIV - observar as normas da boa educação;*
>
> *XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar;*
>
> *XVI - conduzir-se mesmo fora do serviço ou na atividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro policial-militar;*
>
> *XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;*
>
> *XVIII - zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um dos seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética policial-militar. (...)".*

"(...) Art. 28. Os deveres policiais-militares emanam de vínculos racionais e morais que ligam o policial-militar à comunidade e a sua segurança, e compreendem essencialmente:

I - a dedicação ao serviço policial-militar e a fidelidade à instituição a que pertencem, mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos símbolos nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das leis e ordens;

VI - a obrigação de tratar o subordinado com dignidade e urbanidade (...)"

Constata-se que o órgão acusatorial não especificou em qual conduta delituosa os fatos se enquadram, pois os referidos arts. 26 e 28 supra transcritos apresentam em seus incisos um grande e diversificado rol de condutas, que, a exemplo da negativa de subida de recurso ao STF por falta de alínea, dificultam sobremaneira a defesa dos acusados.

Entretanto, não perdendo de vista que os recorridos se defendem dos fatos imputados e não da capitulação penal, questão nodal ao deslinde do caso reside em se definir se a abordagem em tela foi justificada e se houve algum excesso por parte dos policiais/recorridos.

A vítima, o Promotor de Justiça Gilberto Robalinho da Silva, em juízo, na captação audiovisual às f.214 dos autos relata que na data dos fatos, na cidade de Paranaíba-MS, no dia 06.10.2012, às 20:15, voltava de seu sítio quando passou na residência do Promotor de Justiça de Paranaíba, Dr. Fábio Ianni Goldfinger, que após tal visitação, dirigiu seu veículo, uma caminhonete S-10, rumo à sua seu domicílio, e que nesse trajeto visualizou o sinal luminoso e sonoro da viatura e parou seu veículo, uma caminhonete S-10.

Esclarece que, na abordagem, ambos os recorridos desceram da viatura com a arma em punho, apontando para sua pessoa, e que, nesse momento, desceu do veículo e disse que era "Gilberto Robalinho da Silva", "filho de Paranaíba", nesse momento o Tenente Alves lhe que perguntou se estava armado, tendo dito que não, e que autorizou a revista pessoal bem como autorizou a revista em seu veículo, ocasião na qual foi constatado que a capota marítima de seu veículo estava arriada e que "a" sic lona amarela que estava por baixo havia sido utilizada para o transporte de sal para suas reses.

Relata que após tal revista foi solicitado sua identificação, e que apresentou a cópia de sua identidade funcional, CNH e documentos do veículo.

Os recorridos, de posse de tais documentos questionaram-no se era Promotor de Justiça, e que respondeu que sim, que era Promotor de Justiça na cidade de Campo Grande-MS e que mesmo assim checaram a veracidade dos fatos através do rádio da viatura.

Que após tal checagem, foi dispensado, mas que, nesse momento se insurgiu contra a forma da abordagem, solicitando o nome dos dois milicianos, o que foi feito, bem como salienta que possui o hábito de escrever errado a hora dos fatos e que nesse momento foi repreendido pelo Tenente Alves para que ao invés de 08 horas, colocasse 20 horas, e que achou isso ofensivo.

Relata que o Tenente Lopes não fez nenhuma conduta que tripudiasse contra sua pessoa, e entende que o Tenente Alves, ao checar a documentação do veículo assim o fez para diminuir/tripudiar sua pessoa.

Ao final da abordagem, a vítima advertiu os policiais/recorridos que iria pensar em que providência iria tomar.

Ainda declara que estava dirigindo normalmente, que a região é um local nobre na cidade de Paranaíba, residencial, que não havia justificativa alguma para a abordagem policial.

Às perguntas do Parquet, afirmou que não se utilizou da sua prerrogativa de não ser revistado, e ratificou que: *"(...) Não carrego a carteira funcional original, só a cópia (...)"* bem como confirma que aceitou todo o procedimento policial pois *"...Se eu quisesse, se eu quisesse, fazer uso de minhas prerrogativas, eu teria me colocado contra a revista pessoal, contra a busca no meu veículo e contra entregar os documentos do meu veículo (...)"*.

Por fim, relata que após o ocorrido houve uma testemunha que presenciou os fatos, a Srª Edite.

Os recorridos, em juízo, na captação audiovisual às f.178 dos autos, são uníssonos em relatar que a data da abordagem, dia 06.10.2012 era véspera das eleições municipais e que havia muitas denúncias de compra de votos através de cestas básicas, afirmam que o local onde a vítima foi abordada é local onde já foram feitas várias apreensões de drogas e ocorrem outros delitos, e registra que há pouco tempo bem como visualizaram a vítima fazer uma manobra evasiva brusca com seu veículo.

O comandante dos recorridos, Ademir Oliveira, em juízo, às f.214, esclarece que apesar do local onde ocorreu a abordagem ser um bairro de classe média alta, com vários prédios públicos, também é a entrada da cidade, e que ali ocorrem muita apreensão de drogas e outros crimes, consigna também que recentemente, na região foi apreendida elevada quantidade de drogas, e registra também que era véspera das eleições municipais e que havia muitas denúncias de compra de votos na região, e que por isso o policiamento é intenso.

Relata ainda que além dos crimes eleitoriais recentemente haviam sido subtraídos do Fórum da comarca de Inocência várias armas, e que havia a suspeita de que aqueles que subtraíram tal armamento iriam atentar contra Paranaíba.

Por fim, esclarece que os recorridos são policiais exemplares com diversos elogios do seu comando e de outros, e que o procedimento efetuado pelos está correto, que é o mesmo procedimento ensinado nas academias de polícia e que agiria da mesma forma.

A testemunha Fábio Ianni Goldfinger, Promotor de Justiça em Paranaíba, em juízo, na captação audiovisual às f.236 dos autos, relata que na data dos fatos a vítima Gilberto Robalinho da Silva, aparentemente voltando de seu sítio, com as roupas sujas, e de botina, passou em sua residência com sua caminhonete S-10 e dirigiu-se à sua casa.

Confirma que a data dos fatos era véspera das eleições municipais e que, de forma corriqueira, havia muita compra de votos na cidade e que era comum se intensificar as rondas no dia anterior à eleição.

A testemunha Edite Borges de Assis Freitas, em juízo, na captação audiovisual às f.236 relata que era véspera das eleições municipais e estava tomando banho quando ouviu a abordagem policial determinando que a vítima saísse do veículo, e que ouviu esta dizer que *"(...) Sou Robalinho, filho de Paranaíba, não sou bandido (...)"*.

Referida testemunha declara que não se lembra de ter ouvido destrato nenhum, e que os recorridos estavam armados mas não sabe se apontaram a arma para a vítima, e que em relação aos fatos declara que *"(...) Perdeu alguma coisa do banheiro à grade (...)",* pouco elucidando acerca do efetivamente ocorrido.

Pois bem, apesar da controversa discussão se o local onde ocorreram os fatos era ou não local da prática de ilícitos, restou suficientemente justificada a abordagem policial, pois como exaustivamente comprovado nos autos, era véspera das eleições municipais e havia muitas denúncias de compra de votos, inclusive mediante a entrega de cestas básicas, material de peso considerável cujo transporte é compatível com veículo de grande capacidade de carga como o da vítima, que, como confirmado por ela, estava com a capota marítima abaixada e com uma lona por baixo.

A isso some-se que referido veículo possuía placa distinta (Campo Grande) da comarca onde ocorreram os fatos (Paranaíba), sendo plausível que os policiais tivessem suspeitas que ensejaram a ação policial.

Ademais, em nenhum momento da abordagem a vítima informou que era membro do Parquet, apenas quando entregou a documentação solicitada pela guarnição, e tampouco se utilizou de sua prerrogativa de não ser revistado, nem seu veículo; ao contrário, abriu mão de sua prerrogativa e permitiu a vistoria pessoal, a vistoria em seu veículo bem como apresentou os documentos solicitados para serem checados, sendo certo afirmar que ao entregar a cópia de sua identidade funcional aos milicianos trouxe dúvidas acerca de sua real identidade e ocupação, ainda mais por se tratar de Promotor de Justiça de outra comarca (Campo Grande) que não atuava na comarca dos fatos (Paranaíba) e não era conhecido dos policiais.

Quanto ao fato dos recorridos fazerem a abordagem com as armas em punho apontando-as diretamente para a vítima, os depoimentos dos recorridos conflitam com o declarado pela vítima, deixando pairar forte dúvida acerca do ocorrido, e esta dúvida deve ser interpretada a favor dos acusados.

Por oportuno registro que, como acima versado, o veículo do recorrente, e o próprio recorrente, estavam em local e data em que a vigilância policial se intensificavam justificadamente, em razão da série de denúncias de compra de votos que sempre ocorrem às vésperas de eleição, o que plenamente justifica a abordagem policial, e que o fizessem de molde a preservar a proteção da guarnição e consequentemente o uso do armamento.

Sobre o procedimento a ser feito em tais abordagens, a sindicância 006674/Correg/PMMS/Sind2012, às f.44-56, assim esclarece:

> *"(...) No que se refere à abordagem realizada por trás pelos representados, onde em voz alta e de bom tom determinaram para o condutor que descesse e fosse para trás do veículo.*
>
> *Esta abordagem está totalmente amparada pelas Técnicas de Abordagem prescritas no Manual de Procedimento Operacional Padrão ensinando na academia de formação do Oficial reclamado (fls.34 e 35).*
>
> *Norma esta que determina que a guarnição deva certificar-se das condições de segurança do ambiente, dar a ordem de parada, através de dispositivos sonoros e luminosos de alerta, parando a viatura a uma distância de aproximadamente 05 (cinco) metros do veículo alvo, descendo de forma rápida verbalizando "POLÍCIA, DESLIGUE O VEÍCULO! DESÇA COM AS MÃOS PARA CIMA", VENHA PARA TRÁS DO VEÍCULO, OLHANDO PARA MIM", "MÃOS NA CABEÇA, ENTRELACE(M) OS DEDOS", "AFASTEM-SE UM DO OUTRO" (se houver mais de um suspeito), "ABRA(M) AS PERNAS E OLHE(M) PARA FRENTE!".*

> *Conforme demonstrado acima, os representados aplicaram exatamente aquilo que aprenderam na Academia de Polícia, apenas procuraram resguardar a segurança pessoal, do abordado e demais transeuntes, agindo de forma imparcial.*
>
> *Conforme representado pelo representante a determinação foi sim, em voz alta e de bom tom, com uma voz vigorosa, de modo a não apresentar dúvidas de entendimento ao abordado, para garantir sua segurança pessoal e das demais pessoas, tem que ser em voz audível que possa ser bem ouvida e corretamente interpretada para um aboa abordagem (...)".*

Quanto à alegação de que a vítima se sentiu reduzida ao ser corrigida acerca da forma como marcava o horário da ocorrência, ela própria (vítima) confirma que é dado a esse tipo de equívoco. Não se vê na fala do policial só por si se havia tom irônico ou não, e se ele extrapolou os limites da polidez, quando falou que registrasse o fato com base no relógio 24 horas e não 12 horas, para não anotar equivocadamente o momento dos fatos e acarretar confusão acerca do horário do ocorrido.

No que tange à afirmação da vítima de que o Tenente Alves, ao checar a documentação pessoal e do veículo assim o fez para diminuí-lo, e tripudiar sobre sua pessoa, é afirmação que dependeria de maiores provas, já que o procedimento de verificar documentação em si é rotineiro e só por si não é ilegal, tanto mais que a vítima relata que, abrindo mão de suas prerrogativas funcionais, entregou os documentos aos recorridos para serem checados, sendo que sua identidade funcional não era original, mas uma cópia.

Por derradeiro, não houve prejuízo qualquer para a Administração Pública Militar, tampouco ofensa ao decoro e o pundonor militar que, por sua vez, absolveu os recorridos administrativamente, conforme a solução encartada às f. 56 dos autos.

Ante o exposto, contra o Parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exmª. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 28 de abril de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1401645-46.2015.8.12.0000 - Três Lagoas
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DESCUMPRIDA – AMEAÇA A TESTEMUNHA – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

Conforme consignado no decreto de prisão cautelar, há relatos de ameaças a testemunha, e isso evidencia a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

A decretação da prisão preventiva do paciente se sustenta diante da comprovação da materialidade e dos indícios suficientes da autoria do crime que, associados ao motivo legal da garantia da ordem pública, fundamenta a necessidade do encarceramento cautelar.

A ameaça perpetrada pelo paciente a testemunha (viúva da vítima), além de corroborar a sua periculosidade, é atitude capaz de abalar seriamente a instrução criminal.

Com o parecer. Ordem denegada.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Os advogados Gustavo Gottardi e Luiz Otavio Gottardi impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Renato Gomes, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Sustentam, em síntese, que o paciente responde pela suposta prática do crime de homicídio, sendo que a autoridade coatora decretou medida protetiva em favor da viúva da vítima e testemunha Regina, determinado o afastamento mínimo de cem metros de distância.

Argumenta que a prisão preventiva foi decretada em virtude de, supostamente, na data de 12/01/2015, o paciente, juntamente com outro policial, ter parado a viatura, em frente à residência da vítima, afirmando-lhe "a senhora vai ver". Alega que na referida data, em pese a afirmação da vítima, o paciente estava de serviço na condução de presos, conforme escala de serviço.

Pondera que, quanto à segunda acusação, ocorrida na data de 17/01/2015, o paciente foi atender uma ocorrência de violência doméstica no mesmo bairro em que a vítima reside.

Justifica que o paciente não descumpriu a determinação da autoridade coatora, pois não teria ameaçado a vítima.

Assim, requer a concessão da ordem.

Conforme razões de f. 45-47, o pedido liminar foi indeferido.

A autoridade coatora prestou informações à f. 51-55.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se à f. 57-63, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Em consulta aos autos n.º 006974-29.2013.8.12.0021 verifica-se que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito descrito no art. 121, §2º, incisos I e IV, c/c art. 29, *caput,* ambos do Código Penal, pois o paciente, agindo em conluio com sua namorada Naielle, desferiu 02 (dois) tiros, pelas costas, na cabeça da vítima Daniel Moreira dos Santos.

A prisão preventiva foi decretada após a representação do Ministério Público, tendo em vista o descumprimento de medida cautelar determinada anteriormente pela autoridade coatora, *verbis:*

> *"Segundo consta o acusado descumpriu a determinação judicial tomada na audiência de fls. 477/480 (proibição de aproximação ou contato com familiares da vítima), visto que por volta das 16:40 horas do dia 12.01.2015 teria, juntamente com outro policial militar, parado com uma viatura oficial em frente à residência da Sra. Regina Aparecida da Silva Santos, viúva da vítima, e ameaçado-a dizendo "a senhora vai ver".*
>
> *O fato teria ocorrido logo após uma audiência realizada neste fórum, às 14:00 horas, referente a ação nº 0006801-68.2015, onde a Sra. Regina esteve acompanhando sua filha Evelyn Janaína da Silva Moreira Santos, de 16 anos, vítima de roubo, ocasião em que o policial Renato se fez presente, na composição da guarnição de escolta do preso.*
>
> *Narra-se ainda que no dia 17.01.2015, por volta das 22:10 horas, o acusado Renato teria passado várias vezes em frente da residência da Sra. Regina, local onde esta mantém um bar, sendo que em dado momento teria parado a viatura em frente de seu comercio e permanecido por uns cinco minutos, momento em que teria clareado seu veículo com uma lanterna sem contudo nada lhe dizer.*
>
> *Há informes também de em várias oportunidades haver a Sra. Regina passado próximo à viatura onde o acusado se encontrava, e este sempre tê-la apontado com o dedo e comentado algo com o outro policial, companheiro de serviço.*
>
> *É o breve relato. Decide-se.*

A narrativa dos fatos acima em conjunto com os documentos que instruem o pedido dotam de verossimilhança a versão ora apresentada, o que justifica o pleito, tornando de rigor o seu acolhimento.

Gize-se inicialmente que este juízo já teve notícia de intimidações praticadas pelo acusado neste processo, vez que na audiência de fls. 477/480, Mário Márcio da Silva Santos, filho da vítima, relatou que um policial fardado, aparentando ser o acusado Renato, teria tentado lhe atropelar e lhe xingado e, posteriormente, em uma sorveteria, teria permanecido circundando-o, e após, teria iluminado seu rosto com uma lanterna (fls. 494/501).

Diante destes fatos, determinou-se a aplicação da medida cautelar disposta no art. 319, III, do CPP, nestes termos:

[...] com relação a parte final do depoimento do declarante Mário Márcio, ***determina-se que o acusado Renato Gomes mantenha distância de no mínimo 100 metros*** *dele,* ***sendo vedado qualquer tipo de contato com a referida declarante ou familiar da vítima****,* ***sob pena de decretação de prisão preventiva*** *por conveniência da instrução criminal. (fl. 478, grifo diverso do original)*

Optou-se inicialmente pela aplicação de medida cautelar diversa de prisão, o que se acreditava ser suficiente para se evitar nova turbação do trâmite processual, o que entretanto mostrou-se ineficaz.

Como bem delineado pelo Ministério Público as intimidações e ameaças perpetradas pelo acusado estão devidamente corroboradas com as informações constantes dos autos.

O termo de assentada colado à fl. 698 comprova que no dia 12.01.2015 a Sra. Regina esteve com sua filha Evelyn em audiência realizada neste fórum, ocasião em que o acusado Renato esteve presente na escolta do preso, o que teria sido confirmado pela Promotora de Justiça atuante naqueles autos, Dra. Rosana Suemi Fuzita Irikura.

Não obstante o acusado Renato tenha atuado na dita escolta, verifica-se às fls. 702/703 que ele estava escalado para a RADIOPATRULHA VTR II, o que vai ao encontro das declarações da Sra. Regina (fls. 694/695), no sentido de que naquele dia o mesmo teria ameaçado-a em frente a seu bar de dentro de uma viatura oficial, na presença de outro policial militar.

Da mesma forma, resta comprovado pertencer ao acusado o veículo preto, de placas HTD-3113, apontado como sendo aquele utilizado na suposta tentativa de atropelamento praticada contra a testemunha Mário Márcio, filho da vítima (fl. 699).

Como se não bastasse, há informes de que o acusado, também no exercício de sua função militar, estaria intimidando a Sra. Regina com gestos consistentes em, por diversas vezes, aponta-la na rua com o dedo, bem como, no dia 17.01.2015, em torno das 22:10 horas, haver passado por várias vezes e depois parado defronte seu comércio com uma viatura policial, cuja placa possuiria o número 9656.

A prisão preventiva, como se sabe, alicerça-se na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, tal qual vem descrito no artigo 312 do Código de Processo Penal, podendo ainda ser

decretada em razão do descumprimento de eventual medida cautelar, conforme previsto expressamente no parágrafo único do dispositivo legal citado.

Trata-se de medida excepcional que deve ser criteriosamente aplicada pelo julgador já que incorre em cerceamento da liberdade de ir e vir do representado antes mesmo que se lhe estabeleça regularmente a responsabilidade penal através de sentença condenatória. Para tanto, é que o legislador fixou critérios para o julgador se nortear na aplicação dessa medida cautelar de extrema força, posto que restringe algo de mais sagrado, a liberdade.

No caso em tela, a custódia pretendida é plenamente cabível, eis tratar-se de crime de homicídio, cuja pena máxima é superior a 04 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP).

Também encontram-se presentes tanto a materialidade delitiva quanto os indícios de autoria, o que inclusive foi analisado quando do recebimento da denúncia, requisitos necessários para a custódia cautelar (art. 312 do CPP).

Diante dos fatos noticiados nesta representação e das evidências existentes, a segregação cautelar amostra-se não apenas recomendada mas extremamente necessária, não apenas para assegurar a ordem pública e por conveniência da instrução processual, mas, notadamente, para resguardar a integridade física e psicológica dos parentes da vítima.

Como se vislumbra o acusado tem se utilizado de sua função para aproximar e amedrontar as testemunhas, demonstrando total descaso para com a justiça e para a determinação de fls. 477/480, onde se constou expressamente a possibilidade de decretação de sua prisão preventiva caso se aproximasse de familiares da vítima.

Naturalmente, a viúva da vítima tem se mostrado temerosa e impotente diante deste cenário, tendo recentemente, em duas ocasiões procurado o Ministério Público Estadual em busca de algum amparo para si e para seus filhos, não podendo o Poder Público manter-se inerte, aguardando que alguma ameaça seja concretizada (fls. 694/695 e 708/709).

Oportuno destacar que diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação isolada da medida cautelar disposta no inciso IV do art. 319 do CPP (afastamento das atividades) mostra-se inócua e incapaz de impedir que o acusado permaneça no seu intento de ameaçar as testemunhas ou, eventualmente, contra elas venha concretizar alguma ofensa, vez que referidas práticas podem se dar também fora da atividade policial e, além do mais, o mesmo já descumpriu medida cautelar anteriormente imposta, deixando claro o seu desrespeito para com a justiça e total desajuste social, eis buscar a todo custo a prevalência de seus interesses pessoais.

Nesta senda, a aplicação da medida cautelar extrema torna-se uma necessidade social, com vistas à garantia da ordem pública, para que o processo crime se realize de maneira clara, sem qualquer tipo de coação, favorecendo o alcance da verdade real, bem como para afastar o temor gerado nos parentes da vítima.

Assim, justifica-se seja decretada a prisão preventiva, sendo certo que a prova processual deve ser produzida sem mácula ou desvirtuamento e, por isso, terá mais utilidade ao processo, pois estando o policial acusado em liberdade, poderá voltar a intimidar testemunhas e principalmente familiares da vítima.

[...]

Mesmo que assim não fosse, o descumprimento da medida cautelar já autoriza a decretação da prisão preventiva, independente da existência dos prejuízos acima delineados, dado o alto grau de reprovabilidade da conduta do acusado (arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, do CPP).

No mais, a medida cautelar diversa de prisão consistente na suspensão do exercício da função pública (art. 319, VI, do CPP) trata-se de disposição concebida com vistas à não aplicação da ultima ratio, o que entretanto não se mostrou suficiente para o caso em tela.

Nesta senda, tendo em vista que a prisão preventiva do acusado importará em óbice automático ao exercício de suas atividades como policial militar, tem-se que o pleito do Ministério Público não merece acolhida neste tocante, posto que inócuo, o que poderá ser reavaliado, caso o acusado seja solto.

Dispositivo

Ante o exposto, com fulcro nos artigos 312, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal, acolhendo parcialmente a representação do membro do Ministério Público, decreta-se a prisão preventiva de Renato Gomes, policial militar, nascido aos 17.12.1988, nesta cidade, filho de Marlene Cícera Gomes, portador do RG n 1021845, SSP/MS, e CPF nº 024.723.651-95."

Verifica-se da decisão combatida que a medida cautelar anteriormente imposta ao paciente não foi suficiente para contê-lo, tendo sido necessária a decretação da prisão preventiva.

Desta feita, havendo necessidade da segregação cautelar do paciente como garantia da ordem pública, pela gravidade do delito acima descrito e sua repercussão social negativa, a constrição preventiva é medida que se impõe também pela conveniência da instrução criminal, uma vez que há notícias nos autos de que o acusado insistentemente ameaça a testemunha Regina, que por sua vez relatou que (f. 708-709 dos autos n.º 0006974-29.2013.8.12.0021):

"(...) Não se recorda exatamente o dia, porém, acredita ter o fato ocorrido no dia 13 ou 14 de janeiro por volta das 16h30min; que, a depoente se encontrava em sua residência abrindo seu comércio, momento em que passou pelo local uma Viatura da Polícia Militar composta por dois integrantes os quais pararam em frente ao seu comércio; que, um dos policiais que estava na viatura tratava-se do SD Renato Gomes, sendo que este apontou o dedo na direção da depoente e em tom de ameaça proferiu as seguintes palavras: "você vai ver"; Que, em seguida a viatura deixou o local no sentido bairro e, após virar o quarteirão retornou e novamente passou em frente ao seu comércio, porém desta vez o SD Renato Gomes não proferiu nenhuma palavra a depoente somente dando uma olhada em sua direção; Que, posteriormente, no ida 17 de janeiro (sábado) por volta das 22h10min, novamente o SD Renato Gomes passou várias vezes com a Viatura em frente ao comércio da depoente, sendo que em determinado momento a viatura parou em frente ao seu comércio permanecendo por aproximadamente cinco minutos; Que, os policiais não disseram nada a depoente, entretanto, esta viu quando o SD Renato Gomes com uma lanterna clareou seu veículo que estava estacionado em frente a sua casa; Que, nesse dia conseguiu anotar somente os números da placa da viatura sendo eles: 9656; Informa que em várias ocasiões que passou próximo a viatura em que o SD Renato Gomes se encontra, este sempre aponta com o dedo indicando-a ao outro policial de serviço; Informa, também a depoente que existe um processo criminal em que o SD Renato Gomes e outra pessoa são acusados de ter assassinado seu marido próximo ao Hotel OT, sendo que em razão

desse processo foi decretado pelo Juiz medida protetiva de segurança, obrigando o SD Renato Gomes permanecer distante dela e seu filho; Que, diante da situação ora narrada a depoente está com medo de que o SD renato Gomes possa querer lhe prejudicar de alguma forma; Declara que não testemunha que viu o SD PM Renato Gomes ameaçando a declarante nas datas acima citadas."

Assim sendo, tenho que restaram devidamente demonstrados os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, diante da necessidade de se preservar o regular andamento da persecução criminal, bem como para assegurar a aplicação da Lei penal, além da gravidade em concreto do crime dos autos.

Conforme disposto no artigo 312 do CPP: *"a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria"*.

No caso sob exame, embora o presente remédio constitucional não comporte dilação probatória, tenho que, em uma análise sumária dos documentos que integram o pedido de representação da prisão preventiva existem indícios da prática do descumprimento da medida de afastamento por parte do paciente, extraídos, sobretudo, das declarações de f. 708-709 dos autos n.º 0006974-29.2013.8.12.0021.

De igual modo, ao contrário do que afirma a impetração, entendo que subsistem motivos concretos que consubstanciam o fator de risco a justificar a essencialidade da presente segregação cautelar, neste momento processual.

Não se pode desconsiderar que o crime imputado ao paciente é punível com pena de reclusão, bem como demonstra-se de especial gravidade.

Além disso, conforme consta da denúncia, o paciente, acompanhado de uma comparsa, mediante dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que, sob o pretexto de saldar um débito de R$ 150,00, atraíram a vítima, durante a madrugada para o local dos fatos e, pelas costas, atingiram-na com dois disparos na cabeça, que foram a causa de seu óbito. Tal atitude, por certo, causa temor e intranquilidade na sociedade.

A real periculosidade do paciente, revelada pelo modo como teria agido, confere idoneidade ao decreto prisional cautelar, uma vez que demonstra a imperiosa necessidade de resguardar a ordem pública, acautelando, pois, o meio social.

Assim, o *modus operandi* do delito imputado ao paciente constitui indício veemente de sua concreta periculosidade, evidenciando a necessidade da constrição cautelar para salvaguardar a ordem pública.

Além disso, há notícia nos autos de que o homicídio teria sido cometido, em tese, por motivo fútil, em razão da vítima estar cobrando os agentes de uma dívida decorrente de serviços de limpeza efetuados num terreno de propriedade do pai da namorada do paciente, o que corrobora a sua concreta periculosidade e legitima a manutenção de sua prisão, por conveniência da instrução criminal.

Pelas mesmas razões, verifico que é incabível, *in casu*, a substituição da prisão do paciente por alguma outra medida cautelar, conforme disposto no artigo 282, §6º do CPP, pois, além de estarem presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, a gravidade dos crimes e as circunstâncias em que foram praticados demonstram a inadequação de tais medidas ao caso concreto.

Ante todo o exposto, ausente o constrangimento ilegal, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000741-43.2014.8.12.0033 – Eldorado
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – RETRATAÇÃO – IRRELEVÂNCIA – AMPARO NOS FIRMES DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E DE DOIS USUÁRIOS – OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – PROVA SUFICIENTE – RESISTÊNCIA – DOLO CONFIGURADO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – ATENUANTE RECONHECIDA – COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – REGIME PRISIONAL FECHADO – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO PARA UM MAIS BRANDO – RÉU CONDENADO A PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS – REINCIDENTE – OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, "B", DO CP – REGIME MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a confissão extrajudicial do réu, embora retratada em juízo, encontra suporte nos firmes depoimentos testemunhais e de dois usuários, bem como em outros elementos de convicção, não deixando dúvidas de que ele portava as porções de droga com o fim mercantil, de rigor a manutenção do édito condenatório pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, não havendo falar em absolvição, tampouco em desclassificação para o tipo previsto no art. 28 da referida lei, sobretudo quando a defesa sequer requereu a realização do exame de dependência toxicológica.

Restando comprovado no robusto conjunto probatório que o réu se opôs, mediante violência, à execução de ato legal, não apenas ao morder o dedo do policial para evitar a apreensão das porções de droga que estavam no interior de sua boca, como também ao evadir-se do local mesmo já imobilizado, configurado está o delito de resistência previsto no art. 329 do Código Penal.

Se a confissão extrajudicial, não obstante retratação em juízo, serviu de base para o magistrado embasar a sentença condenatória, deve ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

No concurso de agravantes e atenuantes, estando presentes a confissão espontânea e reincidência, ambas de caráter preponderante, efetua-se a compensação. Precedentes da 3° Seção do STJ.

Tratando-se de réu reincidente, condenado a pena superior a quatro e inferior a oito anos, correta a decisão do juiz que determina o regime fechado para início de cumprimento da pena, consoante o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

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, prover o recurso, em parte contra o parecer.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O acusado Mário Estevão de Souza foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão, regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, bem como à pena de 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de detenção, regime inicial semiaberto, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 c/c art. 329, c/c art. 69, ambos do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos descritos na denúncia:

> *"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 19 de maio de 2014, por volta de 22h00min, na Praça do Bairro Manoel Farias, nesta cidade, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, trazia consigo, com a finalidade de posterior comercialização, cinco porções da substância entorpecente popularmente conhecida como 'crack', pesando aproximadamente três gramas (cf. auto de exibição e apreensão de fl. 3 e laudo de constatação preliminar de fl. 37), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta ainda que nas mesmas circunstâncias de tempo e local o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, opôs-se à execução de ato legal, mediante o emprego de violência contra o policial civil Gilvani da Silva Pereira".*

Irresignado com a sentença condenatória proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Eldorado, o acusado apela a este Sodalício pleiteando: i) a absolvição pelo crime de tráfico ante a insuficiência de provas, bem como a absolvição pelo crime de resistência por ausência de dolo; ii) a desclassificação da conduta descrita no art. 33, da Lei nº 11.343/06 para o tipo previsto no art. 28, da referida lei; iii) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea operando-se, após, sua compensação com a agravante da reincidência e; iv) por fim, o abrandamento do regime inicial em relação ao crime de tráfico. Ao final, prequestiona a violação aos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da Constituição Federal; 33, *caput*, da Lei 11.343/06; 33, 61, I, 65, III, 'd' e 67, do CP e 386, VII, do CPP e, por fim, art. 2º, *caput* e §1º, da Lei 8.072/90.

Em sede de contrarrazões, o representante do parquet requer o não provimento do recurso defensivo.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo parcial provimento do apelo, apenas para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se, no mais, a sentença por seus próprios fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Mário Estevão de Souza em face da sentença proferida pelo juiz *a quo*, que julgou procedente a pretensão deduzida na inicial, condenando-o à pena de 07 (sete) anos de reclusão, regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, bem como à pena de 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de detenção, regime inicial semiaberto, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 c/c art. 329, c/c art. 69, ambos do Código Penal.

Em suas razões, o acusado pleiteia: i) a absolvição pelo crime de tráfico ante a insuficiência de provas, bem como a absolvição pelo crime de resistência por ausência de dolo; ii) a desclassificação da conduta descrita no art. 33, da Lei nº 11.343/06 para o tipo previsto no art. 28, da referida lei; iii) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea operando-se, após, sua compensação com a agravante da reincidência e; iv) por fim, o abrandamento do regime inicial em relação ao crime de tráfico.

Assiste-lhe razão, em parte.

Segundo narra a denúncia:

> *"(...) no dia 19 de maio de 2014, por volta de 22h00min, na Praça do Bairro Manoel Farias, nesta cidade, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, trazia consigo, com a finalidade de posterior comercialização, cinco porções da substância entorpecente popularmente conhecida como 'crack', pesando aproximadamente três gramas (cf. auto de exibição e apreensão de fl. 3 e laudo de constatação preliminar de fl. 37), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta ainda que nas mesmas circunstâncias de tempo e local o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, opôs-se à execução de ato legal, mediante o emprego de violência contra o policial civil Gilvani da Silva Pereira. Segundo o apurado, referido policial efetuava diligências a fim de apurar um crime de furto, em tese praticado por Ruan Alexandre dos Santos Souza e Helber Amâncio Alves, e abordou tais indivíduos. O denunciado passava pelo local e se aproximou, tendo sido abordado e submetido a revista pessoal. O denunciado portava uma arma de brinquedo, ocultada sob suas vestes na região da cintura, a quantia de R$ 138,00 (cento e trinta e oito reais) em dinheiro no bolso de seu shorts e algumas pedras de "crack" escondidas em sua boca, pelo que recebeu voz de prisão. Todavia, resistiu com violência, mordendo o dedo mínimo da mão esquerda do policial civil Gilvani da Silva Pereira (fl. 35), e não quis entregar a droga. Assim foi necessário imobilizá-lo, momento em que ele engoliu algumas pedras de "crack", sendo contudo apreendidas cinco porções da droga. O denunciado conseguiu se evadir do local, porém foi capturado posteriormente. Ruan Alexandre dos Santos Souza e Helber Amâncio Alves afirmaram que adquiriram duas pedras de "crack" do denunciado, pelas quais pagaram a quantia de R$ 20,0 (vinte reais), ressaltando que sempre compravam drogas dele. (...)".*

Do crime de tráfico ilícito de drogas.

Inicialmente, não se sustenta o pedido de absolvição por insuficiência de provas formulado pelo apelante Mário Estevão de Souza.

A materialidade vem estampada por meio do auto de prisão em flagrante (f. 07-09), boletim de ocorrência (f. 36-37), fotografias (f. 39-40), laudo preliminar de constatação de natureza e quantidade de droga (f. 42) e laudo de exame toxicológico (f. 71-74).

No tocante à autoria, também está evidenciada nos autos, recaindo na pessoa do apelante Mário Estevão.

O Investigador de Polícia Gilvani da Silva Pereira, responsável pelo flagrante, relatou na repartição policial como foram desencadeados os fatos até a abordagem do apelante Mário Estevão de Souza, com quem foram encontradas 5 pedras de crack e certa quantia em dinheiro, senão vejamos:

> *"(...) Chegou Mário Estevão de Souza, vulgo BUIU e, ao ser abordado e submetido a uma revista pessoal, encontrei R$ 138,00, no bolso do shorts, uma arma de brinquedo, escondido na cintura e cinco pedras de crack escondidas na boca. Buiu resistiu e não quis entregar as pedras que estavam na boca, por isso, foi necessário, imobiliza-lo, mesmo assim, ele conseguiu engolir várias pedras de crack, contudo, pegamos cinco. Buiu foi imobilizado pelas mãos, mas conseguiu escapar e fugiu, foi perseguido e recapturado quando estava escondido, em um chiqueiro para porcos. (...) Mário não trabalha e não soube justificar, a origem do dinheiro encontrado no seu bolso. Não dói encontrado nenhum apetrecho para consumo de crack com Mário, que é de alta periculosidade, haja vista, ter em seu histórico várias passagens por furto e roubos. (...) Helber e Ruan, confirmaram ter comprado duas pedras de crack, por R$ 20,00, com Buiu, disseram ainda, que praticaram crime de furto, para comprar drogas; (...)".* (f. 10-11)

No mesmo sentido foi o depoimento do vigilante Edgar Martins Amorim, que auxiliou o policial Gilvani na prisão de Mário Estevão (f. 12-13).

Ao serem inquiridos em juízo, Gilvani da Silva Pereira e Edgar Martins Amorim ratificaram seus depoimentos prestados na fase policial.

Apesar de os usuários Ruan Alexandre e Helber Amâncio Alves não terem sido encontrados para serem ouvidos em juízo, em sede de inquérito, confirmaram que frequentemente adquiriam entorpecente do apelante, o que também ocorreu na data dos fatos, momentos antes da prisão (f. 49-50).

O próprio réu Mário Estevão de Souza, quando interrogado na fase inquisitorial (f. 14-15), confessou a prática delitiva, afirmando:

> *"(...) eu estou sem fazer nada, estou sem trabalhar e então 'de vez em quando' 'de veszinha', eu vendo umas pedras de crack para ganhar um dinheiro e comprar coisas para minha casa. Eu compro essas pedras em Itaquiraí com um cara de apelido 'Mundo Doido', a gente se encontra lá no bosque de Itaquiraí, eu compro as pedras dele e venho para Eldorado e vendo pra quem me procura. Eu nego que tenha vendido pedras de crack para esse rapaz o Helber e o Ruan, é mentira deles que eu vendi crack para eles ontem, mas já vendi em outras ocasiões. Eu ao ver o Pereira eu escondi as pedras de crack dentro da minha boca para que ele não a encontrasse e quando ele viu que eu tinha feito isso, tentei engolir para 'jogar o flagrante', mas não consegui porque o Pereira colocou a mão na minha boca e garganta, foi quando acabei por morder o dedo dele. Eu vendia essas pedras a R$ 10,00 (dez reais) cada uma".*

É bem verdade que, perante a autoridade judicial, Mário Estevão alterou a versão, dizendo que a droga que portava destinava-se ao consumo pessoal e não ao comércio ilícito, justificando ter confessado os fatos na repartição policial por ser analfabeto e ter assinado o boletim de ocorrência sem saber seu conteúdo.

Ora, embora carente, como pude perceber no áudio e vídeo do interrogatório judicial, tal justificativa sinceramente não me convence, pois, além de se tratar de estudante, como ele próprio afirmou na delegacia, não é a primeira vez que se vê envolvido em ilícitos, de modo que sabia perfeitamente o que estava assinando.

Além disso, a forma como estava acondicionada a droga, em 05 (cinco) papelotes próprios para o comércio, também revela a traficância. Afinal, a tese de que a droga seria para o próprio consumo não se coaduna com a dinâmica dos fatos, visto que o apelante foi flagrado em via pública portando as porções de crack e, em momento algum, afirmou que tinha acabado de adquiri-las.

Também não foi encontrado em poder do apelante nada que pudesse demonstrar a sua condição de usuário, já que não trazia consigo pedaços de papel, cachimbo ou isqueiro, objetos que, ao menos em tese, indicariam que aquela droga seria por ele consumida.

Não se está a afirmar que o apelante não é usuário de drogas, e isso é bom deixar registrado, apenas que restou demonstrado nas provas coligidas nos autos que ele trazia consigo para venda algumas porções de substância entorpecente.

Ademais, nunca é demais salientar que existe a figura do usuário-traficante, aquele que faz do comércio de substância entorpecente uma fonte para sustentar o próprio vício, situação aceitável no presente caso, sobretudo se considerarmos que o apelante estava desempregado, não obstante a declaração de f. 91 dando conta que ele teria recebido 07 (sete) diárias no mês de maio de 2014, de modo que custa acreditar que ele se daria ao luxo de adquirir "crack" apenas para consumo próprio, devido ao alto valor do entorpecente.

Logo, parece-me claro que a quantia de R$ 138,00 (cento e trinta e oito reais) apreendida em pode de Mário Estevão, dividida em notas de pequeno valor, era oriunda da venda de drogas.

Sob outro enfoque, a defesa técnica nem mesmo requereu a realização de exame de dependência toxicológica, a fim de comprovar a alegada dependência do apelante. Mesmo assim, repito, ainda que estivesse claro nos autos que o apelante era viciado em drogas, tal circunstância não o eximiria da responsabilidade pelo crime de tráfico ilícito de drogas.

Destarte, diante de provas irrefutáveis que demonstram claramente a conduta perpetrada pelo apelante, a manutenção da condenação é medida que se impõe, não havendo falar em absolvição, tampouco em desclassificação para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Do crime de resistência.

Pretende o recorrente ver-se absolvido do crime de resistência, previsto no art. 329, do Código Penal, alegando ausência de dolo na conduta.

Uma vez mais, sua pretensão não merece prosperar.

Emerge dos autos que o apelante Mário Estevão se opôs, mediante violência, à execução de ato legal, na medida em que, a fim de evitar a apreensão das porções de droga que estavam no interior de sua boca, mordeu o dedo mínimo da mão esquerda do policial Gilvani da Silva Pereira, conforme ele mesmo afirmou à f. 14 e se pode ver à f. 40 (fotografia do ferimento causado).

Após, quando já imobilizado, aproveitando-se que o policial não trazia consigo algemas, evadiu-se do local, sendo capturado depois de certo período de tempo.

Logo, não se justifica a alegada atipicidade da conduta, haja vista que por dois momentos o apelante resistiu à prisão.

Além disso, o fato de o apelante estar embriagado também não tem o condão de afastar sua responsabilidade, conforme disposto no artigo 28, inciso II, do CP. (sua embriaguez ocorreu de forma voluntária).

Sendo assim, restando configurado o crime de resistência praticado pelo apelante, não há falar em absolvição.

Da atenuante da confissão espontânea.

No que tange à confissão espontânea, de fato o apelante faz *jus* ao reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Conforme dispõe o mencionado dispositivo:

> *"Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
>
> *I - [omissis]*
>
> *II - [omissis]*
>
> *III – ter o agente:*
>
> *(...)*
>
> *d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;"*

Vê-se, portanto, que o não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea contraria texto expresso de lei.

A jurisprudência do STJ curvou-se a este entendimento. Vejamos:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. NÃO INTEGRALIDADE E RETRATAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIAS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. REDUÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP.*
>
> *1. Tendo o paciente, acusado de tráfico de drogas, confessado perante a autoridade policial que o entorpecente lhe pertencia, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, d, do CP, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo.*
>
> *2. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo, especialmente diante das particularidades do caso em questão, gerar compensação. Exegese do art. 67 do Código Penal. Precedentes da Quinta Turma.*
>
> *3. Ordem concedida para reconhecer e aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do CP, em favor do paciente, reduzindo-se a pena imposta, que resta definitiva em 6 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, mantidos, no mais a sentença e o acórdão objurgados."* (HC 129.110/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 13/10/2009.)
>
> *"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/90, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE. PEDIDO DE PROGRESSÃO QUE DEVERÁ SER EXAMINADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.*
>
> *1. A teor do entendimento desta corte, a atenuante genérica da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal, tem caráter objetivo, bastando que seja voluntária, não importando o caráter das situações em que foi efetivada a confissão.*
>
> *2. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos, que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados.*
>
> *3. Ordem concedida."* (HC 56.284/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 05/02/2007.)
>
> *"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.*
>
> *1. Há evidente ilegalidade se o Tribunal de origem utilizou a confissão extrajudicial do paciente para embasar a condenação, concluindo que a retratação feita em juízo era dissonante das demais provas, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.*

2. Habeas corpus concedido para aplicar a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda imposta ao paciente." (HC 112623/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33 C/C O ART. 40, INCISO III, AMBOS DA LEI N° 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INCIDÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.

I - Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

II - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

III - In casu, a quantidade de droga apreendida, por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que a paciente dedica-se à atividade do tráfico.

IV - Assim, tendo em vista que a paciente é primária, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4°, da Lei n° 11.343/2006. Porém, no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade e natureza de droga apreendida, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda. Habeas corpus concedido." (HC 163064/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. PARCIALIDADE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES DISTINTAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para demonstrar a autoria do delito e, consequentemente, embasar sua condenação, deve ser aplicada a atenuante genérica prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só em juízo.

2. Segundo jurisprudência pacífica, se o réu possui mais de uma condenação transitada em julgado por fatos anteriores ao delito pelo qual está sendo apenado, pode o julgador utilizar uma delas para caracterizar os maus antecedentes e a outra para aplicar a agravante da reincidência, sem que isso caracterize bis in idem. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem parcialmente concedida apenas para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea em favor do paciente Hugo Matos da Silva, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 anos e 1 mês de reclusão e pagamento de 11 dias-multa." (HC 169.114/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012)

In casu, o juiz fez expressa menção na sentença condenatória à confissão inquisitorial do apelante Mário Estevão, de modo que contribuiu, junto com os demais elementos de prova, sobretudo testemunhais, para a formação do seu juízo de convicção. Vejamos (f. 136-137):

> *"(...)*
>
> *Isso porque confirma, em ambas as vezes em que foi ouvido, que o entorpecente realmente foi aprendido consigo, lhe pertencendo.*
>
> *Mas, apesar de ter confessado a traficância quando de seu interrogatório perante a autoridade policial, em Juízo Mário afirma que a droga que portava se destinava ao consumo pessoal, e não à traficância.*
>
> *Observe-se que, apesar de ter afirmado na fase inquisitorial que realmente já vendeu entorpecente aos usuários que foram abordados em sua companhia, em Juízo Mário altera sua versão, afirmando que apenas consome entorpecente juntamente com tais pessoas.*
>
> *(...)".* (destaquei)

Destarte, reconheço a atenuante da confissão espontânea, prevista na alínea "d", inc. III, do art. 65, do Código Penal, a qual deve ser compensada com a agravante da reincidência, disposta no art. 65, I, do mesmo Códex.

Isso porque perfilho do entendimento de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência devem ser compensadas. Aliás, *"a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas"* (HC 209.851/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013).

Por oportuno:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO UTILIZADA NA FUNDAMENTAÇÃO PELO JUÍZO DE ORIGEM. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. OCORRÊNCIA. CONDENADO REINCIDENTE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO ALÉM DO FATOR DA REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269 STJ. ORDEM CONCEDIDA PARA REDUZIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E, DE OFÍCIO, PARA MODIFICAR O REGIME INICIAL. Há evidente ilegalidade se o Juízo a quo utilizou a confissão do paciente para embasar a condenação, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. A Sexta Turma desta Corte tem entendido que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. Imposta pena inferior a 4 (quatro) anos e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula 269 do STJ.*
>
> *Ordem concedida para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade e, de ofício, estabelecer o regime inicial semiaberto."* (HC 102.449/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO FURTO SIMPLES – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS CUMULATIVOS – DESVALOR DA CONDUTA –COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA-POSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL – REITERAÇÃO DELITIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Sendo o agente reincidente e contumaz na prática de crimes contra opatrimônio, além de fazer do crime o seu meio de sobrevivência, não preenche os requisitos cumulativos para aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista o desvalor de sua conduta. Deve ser mantida a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência fixada na sentença, pois ambas dizem respeito à personalidade do agente, sendo igualmente preponderantes. Incabível regime prisional mais brando do que o semiaberto ao agente contumaz na prática delitiva, mesmo sendo a pena inferior a 4 (quatro) anos."* (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.010020-1/0000-00 - Campo Grande. - Relator Designado Des. Manoel Mendes Carli – TJ/MS)

> *"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PRECEDENTES DA 6ª TURMA DO STJ – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL IMPOSSÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal, devendo ser efetuada a compensação entre ambas. Precedentes da 6ª Turma do STJ. Tratando-se de réu reincidente, a fixação do regime prisional aberto é vedada por expressa disposição do artigo 33, § 2º, "c", do CP."* (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.012833-3/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Romero Osme Dias Lopes - TJ/MS)

Com efeito, compensadas a atenuante e a agravante, fica a pena intermediária estabelecida em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, e à pena de 02 (dois) meses de detenção, pela prática do crime de resistência.

Do regime prisional.

Por fim, clama o apelante pela modificação do regime inicial de cumprimento de pena para um mais brando.

Sem sucesso.

A meu ver, mostra-se correta a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena, nos termos do disposto no art. 33, § 2, "b", do CP, pois, embora o apelante tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a oito anos, é reincidente, conforme se observa na sentença.

Prescreve o supracitado dispositivo que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado do STJ:

> *"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. Proíbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso, e do semiaberto, quando a pena for superior a quatro anos. Precedentes. Não há óbice à fixação de regime fechado, em face da quantidade da*

> *pena imposta, superior a quatro anos, e da reincidência do paciente. Ordem denegada."* (HC 196.535/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011)

No caso telado, tratando-se de réu reincidente, mantenho a fixação do regime fechado para início de cumprimento da reprimenda.

Arrematando, diante dos argumentos lançados na decisão acima, improcede o prequestionamento aventado pela defesa, porquanto não houve violação aos dispositivos supracitados, com exceção aos artigos 65, III, "d" e 67, ambos do Código Penal, devidamente reparados nesta assentada com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência.

Ante ao exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Mário Estevão de Souza, apenas para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência, restando definitivamente condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, bem como à pena de 02 (dois) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 c/c art. 329, c/c art. 69, ambos do Código Penal. Decisão em parte com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram o recurso, em parte contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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 Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1404296-51.2015.8.12.0000 - Ponta Porã
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PORTE DE ARMA DE FOGO – PRETENDIDA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA – INVIABILIDADE – PRISÃO CABÍVEL – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPP – CUSTÓDIA JUSTIFICADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PACIENTE REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTE – ORDEM DENEGADA.

Sendo a prisão preventiva admitida e estando presentes os pressupostos e fundamentos dispostos no art. 312, do Código de Processo Penal, não há falar na concessão da liberdade provisória ou na revogação da prisão preventiva.

O fato do agente ser reincidente demonstra sua periculosidade e que, se solto, poderá reiterar na prática criminosa, o que justifica a custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

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, denegar a ordem, com o parecer.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O advogado Marcos Ivan Silva impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Claudenilson Gonçalves Martinez, preso em flagrante delito pela suposta prática do crime de porte de arma de fogo, apontando com autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã.

Alega o paciente que não cometeu o crime de porte de arma de fogo, visto que a arma apreendida pertencia ao seu irmão.

Aduz também que não estão presentes os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva previstos no art. 312, do Código de Processo Penal.

Assim, em caráter liminar, requer a expedição de alvará de soltura a fim de que o paciente responda ao processo em liberdade provisória. Ao final, postula pela concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*.

A liminar foi indeferida, sendo solicitadas as informações da autoridade coatora.

As informações foram anexadas às f. 86.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem de *habeas corpus.*

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A ordem deve ser denegada.

Inicialmente, devo registrar que quanto a alegada inocência do paciente, esta questão não será apreciada nesta ocasião, porque incabível a apreciação na via estreita do *habeas corpus*.

Passamos à análise da legalidade da prisão preventiva do paciente.

Denota-se que a autoridade coatora prestou as seguintes informações:

> *"(...)*
>
> *Inicialmente, esclareço que o paciente foi preso em flagrante juntamente com a pessoa de Tiago Alce, teria praticado o crime de porte ilegal de arma de fogo, haja vista que foi surpreendido por policiais enquanto trafegava com uma motocicleta estrangeira, sendo encontrado na cintura do paciente um revólver calibre 38, contendo 5 (cinco) munições intactas, além de outras 6 (seis) munições que estavam no bolso do acusado. Sendo então autuado em flagrante delito pelo crimes descrito no artigo 14 da Lei 10.826/03. Em relação ao corréu Tiago Alce, foi concedida a liberdade provisória. Já com relação ao paciente, a prisão foi mantida, ponderando-se que o preso possui condenação por outro crime doloso (execução penal nº 0001768-06.2014.8.12.0019), na qual o réu estava cumprindo pena no regime semiaberto pela prática do crime de tráfico de drogas, quando foi novamente preso.*
>
> *No tocante ao trâmite processual, verifica-se que o Ministério Público ofereceu denúncia em 15.09.2014. A denúncia foi recebia em 17.09.2014. O paciente foi citado e apresentou resposta à acusação alegando preliminares. O réu Tiago Alce não foi localizado para citação. As preliminares arguidas foram rejeitadas, sendo designada audiência de instrução para o dia 19.05.2015, às 14:50 horas.*
>
> *(...)"*

De acordo com essas informações e dos demais documentos que nos autos constam, percebe-se que a prisão preventiva do paciente foi determinada de forma acertada.

Nota-se que apesar do crime de porte de arma de fogo não cominar pena máxima superior a quatro anos, o fato do paciente ser reincidente em crime doloso torna a custódia cabível, nos termos do art. 313, II, do Código de Processo Penal.

Percebe-se, também, que estão presentes os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, elencados no art. 312, do Código de Processo Penal.

Os pressupostos exsurgem da materialidade e fortes indícios de autoria que ficaram comprovados, uma vez que a arma de fogo foi apreendida e estava localizada na cintura do paciente.

Outrossim, o fundamento da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública materializado na periculosidade do agente e na concreta possibilidade de reiteração criminosa, visto que o réu é reincidente, pois possui uma condenação anterior pelo crime de tráfico de drogas. Inclusive, registra que ao tempo da prisão em flagrante estava cumprindo sua pena no regime semiaberto.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está no sentido de que a reincidência evidencia o fundamento da garantia da ordem pública e justifica a custódia cautelar. Vejamos:

> *"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), de modo a autorizar a concessão do habeas corpus, na decisão que decreta a prisão preventiva do réu em razão de ser reincidente e de possuir maus antecedentes. (STJ, RHC 47.671/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 18/12/2014; RHC 53.769/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 18/12/2014; STF, RHC 122647 AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 12/09/2014). 2. Recurso desprovido."* (RHC 53.580/MG, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Quinta Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 20/02/2015)

Com efeito, sendo a prisão admitida e estando presentes os pressupostos e fundamentos dispostos no art. 312, do Código de Processo Penal, não há falar na concessão da liberdade provisória ou na revogação da prisão preventiva.

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 12 de maio de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0003776-18.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DECISÃO ABSOLUTÓRIA DO JÚRI – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – TESE ÚNICA DE NEGATIVA DE AUTORIA – ACOLHIMENTO DO QUESITO GENÉRICO DA ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO

Embora existam posições discordantes e pareça contraditória a decisão dos jurados quando reconhece que o apelado concorreu para o crime ao planejar e orientar o agente executor, porém o absolve, a decisão deve ser mantida, porquanto deve ser privilegiado o princípio constitucional da soberania dos veredictos, da íntima convicção, e, assim, consagrar-se a plenitude de defesa.

A quebra da soberania dos veredictos é tão-somente admitida em hipóteses excepcionais, de maneira que apenas quando a decisão do Conselho de Sentença for manifestamente contrária aos elementos de convicção presentes nos autos é que estará o Juízo *ad quem* autorizado a determinar novo julgamento.

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, não prover o recurso, contra o parecer.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da Comarca de Três Lagoas que condenou o réu Raphael Sampaio Nunes à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, IV do Código Penal, e absolveu o réu Marco Aurélio Rodrigues Barbosa do delito do artigo 121, *caput,* do Código Penal.

Requer o *parquet,* às f. 438-448, com fulcro no artigo 593, III, *d,* do Código de Processo Penal, a anulação do julgamento quanto ao réu Marco Aurélio, porquanto o *Conselho de Sentença, após responder afirmativamente os dois primeiros quesitos (reconhecendo-se o homicídio consumado, sua materialidade, nexo de causalidade/letalidade e a autoria), acabou absolvendo o recorrido, sem lastro em nenhuma tese defensiva – técnica ou pessoal - no seguinte quesito: "O jurado absolve o réu?"*, bem como em total dissonância com as provas carreadas aos autos.

Assim, requer que o recurso seja provido para 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.

Contrarrazões, às f. 455-458, pelo improvimento do apelo e elabora prequestionamento.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 463-472, é pelo provimento do recurso interposto pelo órgão ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A denúncia narra os fatos nos seguintes termos:

> *(...) no dia 17 de abril de 2012, por volta das 19h55min, na Rua Joaquim Murtinho, 3523, Jardim Angélica, nesta, o denunciado Raphael, juntamente com um terceiro não identificado e mediante dissimulação, utilizando-se de um punhal, desferiu vários golpes contra a vítima Wanderson de Jesus Pereira "Vulgo Greice Kely", os quais foram a causa eficiente de sua morte.*
>
> *Segundo restou apurado, os denunciados Raphael Sampaio Nunes Claudino e Marco Aurélio Rodrigues Barbosa, em conluio de vontades e por motivos de somenos importância, há aproximadamente três meses antes dos fatos premeditaram ceifar a vida da vítima, aguardando o momento oportuno para perpetrar a conduta delituosa.*
>
> *Infere-se dos autos que a vítima era profissional do sexo, sendo que o denunciado Raphael por dias vezes deslocou-se até onde Wanderson exercia sua atividade para matá-lo. No entanto, devido à vítima estar acompanhada, desistiu da conduta.*
>
> *Consta que, no dia dos fatos, os denunciados saíram de suas residências, em uma motocicleta, decididos a por em prática a conduta delituosa, sendo que ao passarem pelo local de trabalho da vítima, perceberam que ela estava sozinha, tendo o denunciado Raphael, a fim de facilitar a prática do crime, deixando Marco Aurélio em um local próximo.*
>
> *O denunciado Raphael foi ao encontro da vítima e manifestou interesse em realizar um "programa", dissimulando sua real intenção. A vítima e o denunciado Raphael deslocaram-se de motocicleta até um terreno baldio. Chegando ao local, o denunciado Raphael aproximou-se da vítima e surpreendendo-a desferiu dois golpes na região torácica, impossibilitando qualquer manifestação de defesa.*
>
> *A vítima encontrava-se pronta para se entregar para o ato sexual que praticaria com o denunciado e, portanto, sem qualquer maneira de apresentar resistência ao ataque de seu algoz.*
>
> *Após os primeiros golpes, a vítima caiu no chão e gritou por socorro, tendo o denunciado Raphael desferido mais dois golpes para consumar o delito.*
>
> *Consta, ainda, que após o denunciado Raphael desferir os golpes na vítima, por orientação do codenunciado Marco Aurélio, apossou-se dos pertences visando simular um assalto e dificultar a elucidação dos fatos e afastar suspeitas contra ele. Assim, verifica-se que o denunciado Marco Aurélio planejou o crime, ao passo que Raphael executou-o.*
>
> *Consta nos autos, ainda, que ao sair do local dos fatos, o denunciado Raphael estava acompanhado com, um terceiro não identificado. No entanto, estão sendo realizadas diligências no sentido de identificá-lo.*

> *Verifica-se que o delito foi praticado mediante dissimulação, pois os denunciados simularam a intenção de realizar um "programa" com a vítima. Outrossim, vislumbra-se que a vítima não teve oportunidade de defesa, uma vez que foi surpreendida com a ação dos denunciados, fato que induvidosamente impossibilitou sua defesa.*

Assim, o apelado foi pronunciado pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (homicídio qualificado pela dissimulação), contudo, no julgamento do recurso em sentido estrito pela 2ª Câmara Criminal a qualificadora restou afastada, por unanimidade.

No julgamento pelo Conselho de Sentença o apelado foi absolvido, sendo que embora os dois primeiros quesitos tenham sido respondidos afirmativamente, ainda assim, o quesito obrigatório foi acolhido.

Vejamos, à f. 428:

> *RÉU: Marco Aurélio Rodrigues Barbosa*
>
> *1) no dia 17/04/2012, por volta das 19h55min, na Rua Joaquim Murtinho, n. 3523, em Três Lagoas/MS, a vítima Wanderson de Jesus Pereira, recebeu golpes de punhal, sofrendo os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito de fls. 110/118 e esquema de lesões de fls. 381/382, que foram a causa eficiente de sua morte:*
>
> *Por maioria SIM (4/2)*
>
> *2) O acusado Marco Aurélio Rodrigues Barbosa, vulgo Valeska, concorreu para o crime ao planeja-lo e orientar o agente executor?*
>
> *Por maioria SIM (4/1)*
>
> *3) O jurado absolve o acusado?*
>
> *Por maioria SIM (4/1)*

Aduz o *parquet* que a decisão foi manifestamente contrária as provas dos autos, porquanto foi respondido afirmativamente para os dois primeiros quesitos, ou seja, reconheceu a materialidade e a autoria, contudo, no quesito "O jurado absolve o réu?", de forma contraditória, o Conselho de Sentença respondeu afirmativamente.

Pois bem. O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 483 os questionamentos a serem indagados aos jurados.

> *Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:*
>
> *I – a materialidade do fato;*
>
> *II – a autoria ou participação;*
>
> *III – se o acusado deve ser absolvido;*
>
> *IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;*
>
> *V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação*

Ainda, o §2° do citado dispositivo traz que sendo afirmativa as respostas quanto à materialidade e à autoria ou a participação, deve-se questionar quanto a absolvição do agente.

> *§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *O jurado absolve o acusado?*

Registre-se que o quesito absolutório genérico é obrigatório e a sua omissão enseja a nulidade absoluta do julgamento, consoante Súmula 156, do STF (*É absoluta a nulidade do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório*).

Assim, "*uma vez reconhecidas materialidade e autoria ou participação, deverá ser formulado um quesito genérico superveniente se o acusado deverá ser absolvido, independentemente da tese ou teses defensivas que embasam o pleito absolutório*"[1].

Nesse sentido, não há óbice aos jurados absolverem o acusado, mesmo que reconhecida a autoria e a materialidade e a única tese sustentada pela defesa em plenário tenha sido a negativa de autoria.

Essa é a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. QUESITO REFERENTE À ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. OBRIGATORIEDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 483 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *1. Com o advento da Lei 11.689/2008, modificou-se a forma de elaboração dos quesitos de defesa, concentrando-se em um único questionamento - o que indaga se os jurados absolvem o réu - todas as teses sustentadas pelo acusado e por seu patrono em Plenário.*
>
> *2. O quesito referente à absolvição é obrigatório, devendo ser elaborado mesmo quando a defesa se limite a negar a autoria ou a participação do acusado nos fatos narrados na denúncia. Doutrina. Precedentes.*
>
> *3. No caso dos autos, ao apreciarem o questionário relativo ao paciente, os jurados, embora tenham respondido afirmativamente às proposições referentes à materialidade, à participação e à tentativa, houveram por bem absolvê-lo, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios anulado tal decisão, sob o argumento de que, sendo a negativa de autoria a única tese relativa à absolvição.*
>
> *4. Tal entendimento contraria o artigo 483 da Lei Penal Adjetiva, que dispõe ser obrigatório o quesito referente à absolvição, não havendo que se falar em contradição pelo simples fato de os jurados haverem afirmado a materialidade e a participação do acusado, e em seguida o absolvido.*
>
> *5. Em tais hipóteses, caso entenda que o veredicto é manifestamente contrário à prova dos autos, ao Ministério Público resta o recurso de apelação, o que foi feito na espécie, em que além de arguir a nulidade da quesitação, a acusação sustentou em seu apelo que o resultado do julgamento iria de encontro aos elementos de convicção existentes no processo.*

1 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; Fischer, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência** . 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 992.

> *6. Firmado o entendimento de que o quesito genérico relativo à absolvição do acusado é de formulação obrigatória, deve o Tribunal de origem prosseguir na apreciação do apelo interposto pelo Ministério Público.*
>
> *7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão impugnado na parte em que anulou o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, determinando-se que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios aprecie o mérito da apelação interposta pelo Ministério Público*[2].

Desta forma, inexiste contradição o fato de os jurados terem afirmado a materialidade e a participação e, ainda assim, absolverem o acusado, embora a defesa tenha sustentado unicamente a tese de negativa de autoria.

Assim, no caso dos autos, os jurados reconheceram a autoria imputada ao réu Marco Aurélio, afastando a tese defensiva da negativa de autoria. Contudo, a resposta afirmativa ao quesito absolutório não implica contradição nas respostas aos quesitos, porquanto é permitido aos jurados o julgamento por íntima convicção, não restando restritos às teses da defesa, mas sim à prova dos autos.

Ademais, é sabido que, ao julgar apelo proveniente de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, à segunda instância é permitido, apenas, verificar se o veredicto proferido encontra, ou não, respaldo em segmento de prova constante dos autos.

O Tribunal do Júri, por força de dispositivo constitucional, é instituição soberana em seus veredictos, sendo este preceito mitigado pelo artigo 593, inciso III, alínea 'd', do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de novo julgamento apenas quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. E, nesse jaez, somente haverá decisão manifestamente contrária às provas dos autos quando esta se apresentar de toda absurda e não respaldada em qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário de julgamento. Ou seja, para que se reconheça o *error in judicando*, a decisão deve ser evidentemente arbitrária, dissociando-se integralmente da prova colhida nos autos, pois somente assim se autoriza um novo julgamento.

Destaca-se, por oportuno, a lição de Heráclito Antonio Mossin[3] acerca da questão suscitada:

> *Como se extrata da vontade do legislador, não é qualquer desencontro entre a decisão dos juízes de fato e aprova consubstanciada nos autos que autoriza o acolhimento e provimento do apelo. Necessário se torna que a convicção dos jurados esteja em conflitância ou radical antagonismo com as questões fáticas colacionadas aos autos através do procedimento probatório. A decisão deverá estar integralmente divorciada das provas carreadas aos autos. As provas não autorizam o veredictum dos juízes de fato. Há uma inconciliação entre a verdade real que restou espelhada nos autos e a convicção exteriorizada pelos jurados. Enfim, decisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não tem apoio em prova alguma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos.*

Júlio Fabbrini Mirabete[4] preleciona sobre o tema:

> *(...) A final, o art. 593, III, d, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error in judicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional*

2 STJ. *Habeas corpus* 233420 – DF (2012/0029587-1. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgamento em 19 de setembro de 2013.

3 *In* Recursos em Matéria Criminal, 3.ª ed., Atlas, p. 116.

4 *In* Código de Processo Penal Interpretado, pág.1480-1481.

> *da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (...).*

Desta feita, a quebra da soberania dos veredictos é tão- somente admitida em hipóteses excepcionais, de maneira que apenas quando a decisão do Conselho de Sentença for manifestamente contrária aos elementos de convicção presentes nos autos é que estará o Juízo *ad quem* autorizado a determinar novo julgamento.

E não me parece ser esse o caso dos autos, já que a decisão absolutória não se mostra totalmente divorciada da prova dos autos, porquanto além da negativa de participação do apelado (planejando ou orientando o executor), o réu Raphael Sampaio Nunes sustentou em juízo que cometeu o delito sem auxílio ou conhecimento do apelado.

Consigne-se que ainda que se possa considerar verdadeira a acusação quanto à participação do apelado no homicídio da vítima Wanderson, fato é que os elementos probatórios colhidos autorizam a decisão absolutória, porquanto *decisão dos jurados é imotivada e soberana e é possível que os jurados vislumbrem nos autos outra prova ou razão para a absolvição diversa da tese apresentada pela defesa*[5].

Desse modo, embora existam posições discordantes e pareça contraditória a decisão dos jurados quando reconhece que o apelado concorreu para o crime ao planejar e orientar o agente executor, porém o absolve, a decisão deve ser mantida, porquanto deve ser primado o princípio constitucional da soberania dos veredictos, da íntima convicção, e, assim, consagrando-se a plenitude de defesa.

Ante o 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, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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 Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 16 de junho de 2015.

***

5 STJ. *Habeas Corpus* 200440 – SP. Relator Marco Aurélio Belizzi. Julgado em 15.3.12.

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0007229-76.2015.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO – BENEFÍCIO NEGADO COM BASE EM FALTAS DISCIPLINARES JÁ SANCIONADAS – *BIS IN IDEM* – RECURSO PROVIDO.

A falta disciplinar já sancionada não pode justificar a negativa de concessão do livramento condicional, sob pena de violar-se o princípio do *ne bis in idem.*

Recurso provido.

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 o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 23 de março de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Luciano Cardoso da Silva interpõe agravo irresignado com a decisão (f. 33-35) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da comarca de Campo Grande, nos autos da execução penal n. 0371385-44.2008, que indeferiu o pedido de livramento condicional.

Suscita incorreção e pede reforma alegando fazer jus ao referido benefício.

As contrarrazões encontram-se às f. 37-45.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Luciano Cardoso da Silva interpõe agravo irresignado com a decisão (f. 33-35) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da comarca de Campo Grande, nos autos da execução penal n. 0371385-44.2008, que indeferiu o pedido de livramento condicional.

Suscita incorreção e pede reforma alegando fazer jus ao referido benefício.

As contrarrazões encontram-se às f. 37-45.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

O recurso merece provimento.

Segundo consta, conquanto o recorrente tenha atingido o lapso necessário para obter o livramento condiciona e seja portador de bom comportamento carcerário, o juiz de primeira instância indeferiu tal benefício porque *"desde seu ingresso no sistema prisional em 2008, já praticou 3 faltas disciplinares de natureza grave (dentre elas 1 evasão), sendo que a causa da sua recente regressão para o regime fechado (f. 309-310), foi a prática de nova falta disciplinar, porquanto o custodiado se ausentou do seu local de trabalho externo, sendo encontrado em um bar nas redondezas. Portanto, demonstra NÃO estar apto a cumprir sua pena com a ampla liberdade representada pelo livramento condicional, pois aparenta sequer estar preocupado com o regular cumprimento da pena que lhe foi imposta"*.

Contudo, examinando os autos do processo de execução verifica-se que tais faltas disciplinares já ensejaram regressão de regime (f. 184, 190 e 309-310), não podendo ser novamente utilizadas para negar a concessão do benefício almejado, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já exarou que *"a referida falta disciplinar, por já ter sido objeto de apuração administrativa e homologação judicial, não pode, por si só, sob pena de bis in idem, justificar a negativa de concessão do livramento condicional, pois já foi considerada anteriormente para determinar a regressão de regime, nos termos do art. 118 da LEP"* (cf. HC 130452/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 14/09/2009).

No mesmo rumo colhem-se os seguintes precedentes da e. 2ª Câmara Criminal desta Corte:

> *"EMENTA - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - LIVRAMENTO CONDICIONAL - INSURGÊNCIA DEFENSIVA - REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO - FALTA DISCIPLINAR COMETIDA - SANÇÃO DISCIPLINAR E REGRESSÃO DE REGIME - A OBSERVÂNCIA DA MESMA CAUSA COMO ÓBICE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO CARACTERIZA BIS IN IDEM - BENEFÍCIO CONCEDIDO - RECURSO PROVIDO. A gravidade do delito cometido, o tempo da pena imposta ou eventuais faltas disciplinares, as quais já recebera a adequada punição, não são fundamentos válidos para o indeferimento do livramento condicional. Se o cometimento de falta grave trouxer como consequência a regressão do regime prisional e sanção disciplinar, não há se falar em falta de comportamento não satisfatório para concessão do benefício do livramento condicional sob pena de bis in idem."* (Agravo de Execução Penal n. 0000780-22.2013.8.12.0018 - Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes - j. 25/03/2013).

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – REQUISITOS OBJETIVO PREENCHIDO – FALTA DISCIPLINAR COMETIDA EM REGIME ABERTO QUE MOTIVOU A REGRESSÃO AO SEMIABERTO – INAPLICABILIDADE DOS PRAZOS DE REABILITAÇÃO DE CONDUTA PREVISTOS NO ART. 133, DO RIBUP – A OBSERVÂNCIA DA MESMA CAUSA COMO ÓBICE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO CARACTERIZA BIS IN IDEM – BENEFÍCIO CONCEDIDO – RECURSO PROVIDO. A gravidade do delito cometido, o tempo da pena imposta ou eventuais faltas disciplinares, as quais já recebera a adequada punição, não são fundamentos válidos para o indeferimento do livramento condicional." (...)* (Agravo Criminal n. 2012.007341-9 - Relator: Des. Manoel Mendes Carli – j. 02.04.2012).

São pertinentes, a propósito, os argumentos esposados pela combativa defesa, no seguinte sentido:

> *"(...) a seguir o posicionamento que vem sendo adotado na decisão guerreada, a prática de falta grave passa a ser causa de impedimento invencível de um direito do sentenciado."*

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interposto por Luciano Cardoso da Silva a fim de conceder-lhe o livramento condicional, determinando que o Juízo da Execução Penal delimite as condições do benefício a ser desfrutado.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

Divirjo do e. Relator para negar provimento ao recurso.

Na hipótese, pode-se verificar que o comportamento do agravado não ampara a concessão do benefício pretendido.

O magistrado *a quo* indeferiu a pretensão da defesa ante a prática de três faltas disciplinares de natureza grave pelo agravante, entre elas uma fuga.

Conforme entendimento jurisprudencial dominante, a falta grave cometida pelo agravado é circunstância capaz de ilidir o preenchimento do requisito legal subjetivo, por demonstrar o seu comportamento reprovável durante o período de execução de pena.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. VIA IMPRÓPRIA. WRIT NÃO CONHECIDO. – O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. – O paciente registra diversas faltas disciplinares de natureza grave, que, embora não tenha a função de interromper o lapso temporal para a concessão do livramento condicional, constitui óbice para o deferimento da benesse diante da ausência do requisito subjetivo, isso porque é a boa conduta carcerária que sustenta o livre acesso do paciente à sociedade. – Se as instâncias ordinárias, apoiadas em vasta motivação, demonstraram que o paciente não possui mérito (requisito subjetivo) para concessão do livramento condicional, qualquer entendimento em contrário, demandaria o aprofundado reexame dos fatos, inviável na via eleita. Habeas corpus não conhecido.* (STJ, HC 243.683/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE), 5ª Turma,j. 23/04/2013)

Evidentemente, as faltas disciplinares cometidas pelo agravante, em período recente, são capazes de ensejar conclusão sobre o seu comportamento reprovável, de modo a impedir a concessão do benefício do livramento condicional em seu favor.

Para concessão desse benefício, deve ser apreciado o comportamento do reeducando durante todo o período de execução de pena, mediante análise de sua conduta carcerária pelo tempo integral em que permaneceu sob custódia, consoante norma do art. 83, III, do CP.

Ademais, a decisão agravada, ao tempo em que negou o livramento condicional, deferiu a progressão ao regime semiaberto.

Diante do exposto, divergindo respeitosamente do e. Relator e de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Acompanho o e. relator e dou provimento ao recurso interposto por Luciano Cardoso da Silva, para conceder o livramento condicional, enfatizando que a última falta grave foi cometida aos 19 de março de 2014 (f. 16), de tal sorte que já decorreu o prazo de 01 (um) ano para a reabilitação preconizada pelo art. 133, III, do Decreto Estadual n.º 12.140/2006 (Regimento Interno Básico dos Estabelecimentos Penais do Estado de Mato Grosso do Sul).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 23 de março de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0040002-19.2011.8.12.0001/50000
Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – GRAVE AMEAÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é inviável falar-se em conversão da corporal por restritivas de direitos, encontrando-se o benefício obstado pela vedação contida no art. 44, I, do Código Penal.

Recurso não provido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, improver os embargos infringentes, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Romero. Ausente justificadamente o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 25 de março de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

J. E. A. de M. opõe embargos infringentes contra o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que, por maioria, nos termos do voto do Relator, Des. Manoel Mendes Carli, negou provimento à apelação criminal que o condenou à pena de 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, pelas práticas dos crimes tipificados no art. 147 do CP (ameaça) e art. 129, §9º do CP (lesão corporal em situação de violência doméstica).

Pede a prevalência do voto vencido proferido pelo e. Des. Romero Osme Dias Lopes, que deu parcial provimento ao recurso, exclusivamente para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal.

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos embargos infringentes. (p. 15-16).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por J. E. A. de M. contra o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que, por maioria, nos termos do voto do Relator, Des. Manoel Mendes Carli, negou provimento à apelação criminal que o condenou à pena de 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, pelas práticas dos crimes tipificados no art. 147 do CP (ameaça) e art. 129, §9º do CP (lesão corporal em situação de violência doméstica).

Pede a prevalência do voto vencido proferido pelo e. Des. Romero Osme Dias Lopes, que deu parcial provimento ao recurso, exclusivamente para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal.

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos embargos infringentes. (p. 15-16).

O recurso não comporta acolhimento.

Exsurge dos autos que, na data de 26 de agosto de 2010, nesta capital, o denunciado J. E. A. de M. ameaçou sua ex-companheira dizendo: "*eu vou pegar uma faca e cortar seu pescoço"* (sic). Não bastasse, desobedeceu ordem judicial de não aproximação e agrediu fisicamente a vítima com um soco, causando-lhe lesões corporais leves.

Bastaria, para negar provimento a estes infringentes, mencionar que a grave ameaça, como a de morte, e a agressão física cometida com violência são obstativas à conversão da corporal em restritivas de direitos, por expressa vedação legal contida no art. 44, I, do CP:

> *"(...) 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; (...)"*

Porém, dada a importância da matéria atinente à violência doméstica, comumente relegada à infração penal de menor potencial ofensivo, creio ser necessário, inicialmente, registrar as razões que levaram o Congresso Brasileiro a editar a Lei nº 11.340/06, a qual, apesar de não conter nenhuma referência expressa ao nome Maria da Penha, assim ficou conhecida pela odisseia percorrida por essa notável brasileira contra os constantes abusos praticados pelo marido, que por mais de uma vez tentou matá-la.

Mas não é pelas agressões que a Lei ficou conhecida como "Maria da Penha", e sim em razão da luta pela efetividade de seus direitos, cujo sofrimento, inconformismo e determinação foram, e permanecem sendo, o principal estandarte da histórica luta para se coibir a violência doméstica praticada contra vítimas do sexo feminino, as quais, mesmo amparadas pela legislação, lamentavelmente ainda sofrem com o descaso do Poder Público que, por vezes, acaba por chancelar uma cultura retrógrada, machista e desumana que segue vitimando mulheres em situação semelhante à da que deu nome à Lei.

Conforme lembram os doutrinadores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (*in* Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo, 3ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011):

> *"O motivo que levou a lei a ser 'batizada' com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passou a ser conhecida, remonta ao ano de 1983. No dia 29 de de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista M. A. H. V., colombiano de origem e naturalizado brasileiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, suportou lesões que a deixaram paraplégica".*

Continuam pontuando que a agressão causadora da paraplegia de Maria da Penha não acabou sendo a última tentativa do marido dela em matá-la e que, diante do seu temperamento violento e agressividade, ela tinha medo de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal:

> *"Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal. Homem de temperamento violento, sua agressividade impedia a vítima, por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal. De passado obscuro, descobriu-se, depois, que já se envolvera na prática de delitos e que possuía um filho na Colômbia, fato ignorado pela ofendida".*

O ato foi marcado de premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Ademais, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda do veículo de sua propriedade, a pedido do marido.

Mas as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passada pouco mais de uma semana, quando já retornara para sua casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. Nesse instante, entendeu o motivo pelo qual, há algum tempo, o marido utilizava o banheiro das filhas para banhar-se, restando evidente ter sido ele também o mentor dessa segunda agressão" (destaquei).

Destacam que o caso se tornou emblemático não só pela situação pessoal da ofendida, mas em razão da inação do Governo brasileiro em cumprir com os tratados internacionais que firmou para defesa dos Direitos das mulheres:

> *(...) O caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington. (...)*
>
> *Pois bem, em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)*
>
> *Em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001.*
>
> *(...) Nesse relatório é realizada uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e convenção Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em em 27 de novembro de 2005) assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados.*

Os arremates do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foram alarmantes, apontando para o fato do país não ter aplicado internamente as normas constantes das convenções por ele

ratificadas, dando azo à injustiças como a ocorrida com a Maria da Penha, vítima que, mesmo passados 19 anos do crime, não tinha recebido do Estado a tutela que lhe cabia:

> *"Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que 'a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica'. E nem poderia ser diferente: passados 19 anos desde a prática do crime até a elaboração do relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade, verificada por conta, principalmente, da justiça e da utilização desenfreada de recursos, revela que o Estado brasileiro, de fato, não aplicou internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas".*

A Lei Maria da Penha caminha para a primeira década de existência e, embora tenha constituído marco, ainda não foi suficiente para extirpar a violência de gênero.

Flávia Piovesan, citada no já relacionado livro de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (p. 181), adverte que *"o grau de ineficácia da referida lei revela paradoxo do Estado: romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade à violações que ocorrem no domínio privado, para, então, devolvê-las a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência contra a mulher ora são vistos como mera 'querela doméstica', ora como reflexo de ato de 'vingança ou implicância da vítima', ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta. Isto culmina com a consequente falta de credibilidade no aparato da justiça"*.

Talvez essa visão seja o motivo pelo qual muitas das disposições da Lei ainda não estejam sendo aplicadas na integralidade, recebendo indevidas pechas de inconstitucionalidade, quando, ao revés, constituem nada menos do que a aplicabilidade real do princípio da igualdade, conferindo tratamento desigual aos essencialmente desiguais, na medida de suas desigualdades.

Tal princípio, aliás, é consagrado justamente no primeiro inciso do art. 5º da Constituição Federal, porquanto é inviável pensar em outras garantias fundamentais, caso antes não tenha se assegurado a essencial isonomia, algo que vem sendo negligenciado às mulheres, que são submetidas há tempos à situação de hipossuficiência pela prática de diversas formas de violência, como a física ou a psicológica, tudo fruto de um processo cultural odioso que deve ser repensado em busca da igualdade formal e material entre homens e mulheres.

E o primeiro passo nessa direção é combater a violência com a aplicação correta da Lei 11.340/06, e, na hipótese telada, do próprio Código Penal, o qual, como já dito, em seu art. 44, I, expressamente veda a conversão da corporal em restritivas de direitos quando o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse sentido:

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - AMEAÇA DE MORTE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS - VEDAÇÃO LEGAL - SURSIS - PRESENÇA DOS REQUISITOS - POSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1- Tendo o delito sido cometido com violência ou grave ameaça, é incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, por expressa vedação do art. 44, I, do CP. Em contrapartida, atendidos os requisitos do art. 77, do CP, possível é a concessão do sursis.* (Apelação Criminal 1.0132.10.017075-3/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Machado , 5ª Câmara Criminal, julgamento em 17/09/2013, publicação da súmula em 23/09/2013)

E também o seguinte julgado, mencionado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> *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 234426/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

É preciso dizer que, muito embora o argumento invocado no voto dissidente seja respeitoso, certo é que a única ameaça apta configurar o tipo penal descrito no art. 147 é aquela de causar à vítima mal injusto e grave, exatamente como fez o recorrente ao declarar que mataria sua ex-companheira.

Se não se revestisse de gravidade, ou seja, havendo a *"simples ameaça"* descrita na jurisprudência em que se baseou o voto vencido (HC 87.644/RS, 6ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJ 30/06/2008), não seria o caso de se converter a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mas sim de absolver o recorrente por atipicidade da conduta ou, ainda, desclassificá-la para alguma contravenção penal de menor gravidade.

Tais situações, contudo, são absolutamente incabíveis, conquanto, vale repisar, a ameaça foi concretamente grave (de morte), além do fato de o embargante ter agido com violência contra a vítima, mostrando-se hialina a incidência da vedação contida no art. 44, I, do Código Penal.

Portanto, não pode prevalecer o voto vencido que determinava a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em crime de ameaça.

Diante do exposto, em conformidade com o parecer, nego provimento aos Embargos Infringentes opostos por J. E. A. de M.**,** mantendo incólume o acórdão invectivado.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor)

Acompanho o Relator.

Contudo, apenas ressalvo meu entendimento no sentido de ser possível, em determinadas hipóteses, a substituição da pena corporal por restritivas de direito em crimes que envolvam violência doméstica, especialmente quando a violência ou a ameaça é despida de maior gravidade.

A propósito, o e. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a violência ou grave ameaça de que trata o inciso I do artigo 44 do Código Penal, não veda a substituição da pena privativa

de liberdade por restritivas de direitos aos crimes de ameaça e vias de fato de menor gravidade, devendo a benesse ser estendida a tais situações.

No caso em tela, entretanto, observa-se que a violência praticada pelo embargante, que agrediu fisicamente sua ex-companheira com um soco no rosto, bem como a ameaçou de "*cortar seu pescoço*", não é dotada de menor gravidade.

Portanto, a conduta retratada nos autos denota que a medida requerida é insuficiente para incutir no embargante o sentimento de reprovação e para prevenir a ocorrência de outras condutas dessa mesma natureza, caracterizando o óbice previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (1ª Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (4º Vogal)

Divirjo do e. relator para dar provimento ao recurso, nos termos do voto minoritário, de minha lavra, que substituía a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, improveram os embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Romero. Ausente justificadamente o Des. Dorival Moreira dos Santos.

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. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 25 de março de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1402166-88.2015.8.12.0000 – Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – TENTATIVA DE FURTO – OBJETO VALORADO EM R$ 380,00 – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ORDEM CONCEDIDA.

Deve-se acolher o pedido de trancamento da ação penal, quando constatado por provas pré-constituídas que não há tipicidade na ação narrada na denúncia por aplicação do princípio da insignificância, que exige o exame conjunto do desvalor do resultado e da conduta, afastando a possibilidade de fundar o injusto em um deles isoladamente.

Ordem concedida.

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 2º vogal.

Campo Grande, 23 de março de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Defensoria Pública Estadual impetrou *habeas corpus* com pedido de liminar em favor de Jessi Braga apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Dourados.

Alega em síntese, que: a) o paciente foi denunciado, pois teria tentado subtrair no dia 24 de junho de 2014, uma bicicleta, marca Genova, avaliada em R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais); b) postulou pedido de absolvição sumária do acusado, ressaltando a aplicação do princípio da insignificância, ante a ausência de lesão ao bem jurídico que foi indeferido; c) a conduta imputada ao denunciado é inexpressiva sob a ótica do Direito Penal, razão pela qual deve incidir o princípio da insignificância; d) a paciente é primária.

O pedido de liminar foi deferido (p. 93-94).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 100-101).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 103-109).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Jessi Braga apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Dourados.

Alega em síntese, que: a) o paciente foi denunciado, pois teria tentado subtrair no dia 24 de junho de 2014, uma bicicleta, marca Genova, avaliada em R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais); b) postulou pedido de absolvição sumária do acusado, ressaltando a aplicação do princípio da insignificância, ante a ausência de lesão ao bem jurídico que foi indeferido; c) a conduta imputada ao denunciado é inexpressiva sob a ótica do Direito Penal, razão pela qual deve incidir o princípio da insignificância; d) o paciente é primário.

O pedido de liminar foi deferido (p. 93-94).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 100-101).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 103-109).

A ordem deve ser concedida.

Pela instrução verifica-se existir denúncia pelo tipo penal previsto no art. 155 c/c art. 14, II, do CP, pelo fato de o paciente supostamente ter tentado subtrair para si uma bicicleta avaliada em R$ 380,00 (p. 29), sendo recebida em 04.8.2014 (p. 51).

Não vislumbro tipicidade nos fatos narrados na inicial acusatória, porquanto o objeto da suposta tentativa de furto não possui valor econômico relevante e, foi devolvida à vítima (p.30), que não suportou prejuízos.

Logo, o princípio da insignificância é aplicável à hipótese, pois desatendido o princípio da ofensividade, pois os critérios que orientam o princípio da insignificância são os do desvalor do resultado e do desvalor da conduta, conjuntamente, não se confundindo a teoria do delito com a teoria da pena.

Nesse sentido:

Em caso semelhante já se manifestou esta 2ª Câmara Criminal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO QUE ABSOLVEU SUMARIAMENTE OS ACUSADOS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – LESÃO PATRIMONIAL INEXPRESSIVA – RES FURTIVA AVALIADA EM R$ 101,00 – FATO ATÍPICO – IMPUTAÇÃO DE CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES – PREJUDICADA - RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado.*
>
> *Aplica-se o referido princípio quando presentes os requisitos de ordem objetiva elencados pelo STF, quais sejam: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.*

Alcançando o resultado absolutório quanto ao delito de furto qualificado, resta prejudicada a imputação de corrupção de menores porque dependente da condenação do delito precedente.

Recurso improvido." (TJMS. 2ª Câmara Criminal. Minha relatoria. J. em 16.7.2012).

Tratando-se de caso em que é visível a atipicidade pelo próprio conteúdo da denúncia, não há falar em impossibilidade de trancamento da ação penal via *habeas corpus*, pois independe de produção de provas, as quais já se encontram disponíveis, consistentes nos documentos que instruíram o pedido, pois, nos termos do art. 397, III, do CPP, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar *"que o fato narrado evidentemente não constitui crime"*.

Assim, deve ser acolhida a pretensão de trancamento da ação penal e, consequentemente, revogado o decreto de prisão preventiva expedido contra o paciente.

Diante do exposto, contra o parecer, confirmo a liminar e concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal n. 0009249-71.2014.8.12.0002.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

O trancamento da ação penal com base no princípio da insignificância, que resulta em absolvição sumária, somente é possível em casos excepcionalíssimos, quando, de plano, se mostram visíveis os requisitos embasadores da aplicação desse princípio, o que, via de regra, não tenho admitido.

Todavia, no presente caso, os elementos indicadores da possibilidade dessa aplicação estão a partir da narrativa dos fatos na denúncia, a par do valor de pouca monta do bem e da não concretização do furto e do prejuízo da vítima, com a devolução da *res furtiva*, logo após a ocorrência do fato. Além disso, o paciente é primário, não havendo indicação de reiteração delituosa.

Com essas ponderações, diante da situação concreta, entendo que é o caso de se aplicar referido princípio, desde logo, pelo que acompanho o e. Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Peço vênia para divergir do e. relator, por não vislumbrar hipótese de trancamento da ação penal.

Consta nos autos que, aos 24 de julho de 2014, por volta das 17 h, defronte ao "Supermercado Chama", situado à Rua Presidente Vargas n.º 1.111, Vila Progresso, em Dourados, o paciente subtraiu 01 (uma) bicicleta, avaliada em R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) pertencente a *Selma Martins*.

Enquanto o acusado invertia a posse da *res furtiva*, a vítima visualizou a atuação e perseguiu Jessi, avisando populares que o detiveram cerca de 03 (três) quadras do local.

O paciente é acusado da prática do crime do art. 155, do Código Penal, e a impetração alega que ante o valor irrisório da *res furtiva*, que sequer foi capaz de lesionar o patrimônio da vítima, vez que foi restituída à ofendida, deve ser aplicado o princípio da insignificância, com o consequente trancamento da ação penal.

O trancamento em sede de *habeas corpus* é medida excepcionalíssima, admissível apenas quando evidente, à primeira vista, a presença de causa obstativa ao exercício do *jus puniendi*, o que não se verifica na espécie.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a aplicação da referida excludente de tipicidade "*não está vinculada apenas ao valor econômico dos bens apreendidos, mas deve ser aferida, também, pelo grau*

de reprovabilidade da conduta" [1], de modo que tal questão está umbilicalmente vinculada ao mérito da ação penal e, por óbvio, demanda o exame aprofundado de provas, expediente proscrito na via estreita do *writ.*

Ademais, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza a aplicação generalizada do princípio da insignificância (instrumento de política criminal), o qual deve se harmonizar com o dever de proteção estatal, cuja essência reside no combate à impunidade.

O postulado da bagatela não deve acobertar a impunidade, sob pena de abalar gravemente a ordem social, o que impede a sua aplicação no caso, já que em consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ), extrai-se que o paciente já cumpriu medida socioeducativa durante a adolescência, evidenciando que não se trata isolado na vida do mesmo.

Ao considerar a vida *anteacta* do acusado como um dos parâmetros de aplicabilidade do princípio da bagatela, o julgador sopesa o desvalor da conduta e faz valer as preciosas lições deixadas por Cesare Beccaria que, ao seu tempo, já alertava que o controle da criminalidade não passa pela dureza das penas, mas pela certeza de sua incidência, premissa que subsiste ainda mais atual; colhendo-se de suas lições:

> *"A certeza de um castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio de outro mais cruel, ligado à esperança da impunidade; pois os males ainda que mínimos, quando são certos, assustam sempre os ânimos dos homens, e a esperança, dom celestial que freqüentemente é a única que permanece dentro de nós, afasta sempre a idéia dos males maiores, notadamente quando a impunidade, que a avareza e a fraqueza concedem com freqüência, aumenta a sua força."* [2]

Nessa esteira, não há falar em atipicidade e, por via de consequência, em hipótese de trancamento da ação penal.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* em favor de Jessi Braga.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 23 de março de 2015.

***

1 HC 161.019/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/03/2011.

2 Dos delitos e das penas, São Paulo: Bushatsy, 1978, p. 213.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Paranaíba realiza encontro do Projeto Semeando Consciência - 01/04/2015



Na última semana, por iniciativa da Vara da Infância e Juventude de Paranaíba, foi realizado o 2º encontro do Projeto Semeando Consciência, uma parceria da Vara da Infância com docentes da Universidade Estadual de MS (UEMS) do campus de Paranaíba.

O evento reuniu 11 adolescentes infratores, com procedimentos perante a justiça de Paranaíba, acompanhados de seus responsáveis legais, além de docentes da UEMS e outros voluntários.

Os adolescentes responderam a um questionário socioeconômico, com a finalidade de traçar o perfil dos jovens infratores para formulação de políticas públicas que permitam superar a situação de vulnerabilidade social em que se encontram.

Abrindo o evento, o juiz Cássio Roberto dos Santos explicou que a intenção do encontro é introduzir valores aos adolescentes, possibilitando repensarem suas condutas. Durante os trabalhos foram exibidos vídeos educativos, enquanto o juiz conversava reservadamente com os responsáveis.

Foram realizados atendimentos individuais para alguns adolescentes, para ouvi-los e orientá-los sobre as consequências dos seus atos. Falou-se ainda sobre o papel da família e a importância da harmonia na relação com os pais.

Para o juiz, os encontros estão superando as expectativas e as lições de cidadania atingiram não só os menores, mas todos os envolvidos. “Há expectativa de que as ações sofram ramificações, integrando outros projetos já existentes ou mesmo dando surgimento a outros”, ressaltou Cássio.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados de MS discutem a Judicialização da Saúde - 17/04/2015



Magistrados estaduais de várias comarcas estiveram reunidos em Campo Grande para o curso de Judicialização da Saúde, promovido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Escola Judicial do Estado de MS (Ejud-MS). O evento ocorreu nos dias 16 e 17 de abril e foi coordenado pelo Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, coordenador do Comitê Estadual do Fórum da Saúde de MS.

A primeira disciplina do curso, ministrada pelo juiz federal da 4ª Região, Clenio Jair Schulze, na noite da quinta-feira (16), abordou o papel do juiz e a interação com os médicos e os gestores da saúde pública brasileira. Para o magistrado, o processo de judicialização da saúde vem tomando proporções gigantescas no Judiciário.

Para Clenio Schulz, os casos de pedidos de tutela estatal para tratamentos com tecnologias incorporadas, ou seja, que estão no rol de medicamentos e procedimentos que a própria administração pública propicia ao cidadão, devem ser vistos pelo magistrado como uma verdadeira omissão estatal, que demanda uma postura rigorosa do juiz. "Quando um cidadão pede um medicamento da rede de saúde, há uma clara omissão dos administradores. Nestes casos, não sequer lide. O magistrado deve dar a tutela". Ainda segundo Clenio, "o que causa controvérsia é nos casos de tecnologias não incorporadas, uma vez que o juiz deve ter uma cognição mais exauriente".

Tema recorrente, a busca da saúde pública por meio de demandas judiciais traz controvérsias por ser uma garantia constitucional, mas também pelo grande número de ações que abarrotam o Judiciário. Para o coordenador do curso, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, a judicialização da saúde é um problema que não interessa a ninguém.

"*Quem está buscando um medicamento ou tratamento quer resolver a questão de imediato, o que muitas vezes não é possível. Para o gestor de saúde, as ações só encarecem os custos, porque as aquisições não se operam através de licitação de quantias maiores*".

Luiz Gonzaga explica que a criação do comitê estadual da saúde, por recomendação do CNJ, e a Câmara Técnica em Saúde (CATES) tem papel fundamental para auxiliar os magistrados em suas decisões. "O objetivo principal é criar mecanismos para discutir soluções que pudessem desafogar o Judiciário.

Nós tivemos êxito em criar, por exemplo, mecanismos de soluções administrativas, da Defensoria Pública Estadual com a Secretaria de Saúde. A CATES também tem ajudado muito com os pareceres que subsidiam o entendimento do juiz".

Na abertura do curso, estavam presentes o vice-presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Paschoal Carmello Leandro, representando o presidente, Des. João Maria Lós, os desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Ejud-MS, e Nélio Stábile, além de representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, Secretária Estadual de Saúde e Órgãos de Classe de profissionais da área da saúde.

Este curso é uma realização do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Escola Judicial do Estado de MS (Ejud-MS), e tem por finalidade o aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento, promoção e formação continuada na carreira da magistratura sul-mato-grossense, com a temática do funcionamento do SUS e outros instrumentos institucionais correlatos para o alcance de maior eficiência na análise, gerenciamento, processamento e redução dos julgamentos que tenha por objeto o direito à saúde pública.

Segundo dia de curso – Na sexta-feira (17), segundo dia do curso de Judicialização da Saúde, os magistrados tiveram contato com profissionais da área da saúde e, no período da tarde, fizeram oficina com análise das problematizações e apresentação de hipóteses de soluções, relacionadas ao tema, com a coordenação do Des. Luiz Gonzaga e participação do Des. Nélio Stábile.

Sala de apoio ao magistrado – Durante o curso, a Ejud-MS disponibilizou uma estação de trabalho para dar apoio aos magistrados, principalmente os que vieram das comarcas de interior. O serviço disponibilizou computadores, impressoras e scanner para que o magistrado pudesse trabalhar e despachar em processos de urgência, que eram enviados pelos assessores ao e-mail da Ejud-MS.

Segundo a juíza da Comarca de Corumbá, Luiza Vieira Sá de Figueiredo, que utilizou o serviço, esta é uma forma de conciliar os afastamentos da comarca, principalmente para qualificação, com a continuidade da prestação jurisdicional. "O afastamento, necessário para nossa qualificação profissional, não impede que as demandas sejam atendidas de imediato", pontuou a magistrada.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Homologado primeiro Acordo de Colaboração Premiada de MS - 30/04/2015



Esta semana, a justiça estadual de Mato Grosso do Sul realizou a primeira homologação judicial de um Acordo de Colaboração Premiada, pois foi protocolado na terça-feira (28/04), às 18:36 horas, pedido para homologação do acordo celebrado entre o representante do Ministério Público, o delegado da Delegacia Especializada de Proteção à Criança e ao Adolescente e o indiciado F.V.O, por meio de seu advogado, Amilton Ferreira de Almeida.

Ontem (29), o juiz da 7ª Vara Criminal de Competência Especial, Marcelo Ivo de Oliveira, verificando a regularidade, a legalidade e a voluntariedade e que estavam preenchidos os requisitos, procedimentos e garantias previstos nas Leis nº 9.807/99 e nº 12.850/13, homologou o Acordo de Colaboração Premiada.

Os termos do acordo celebrado são sigilosos e assim deverão permanecer até que seja recebida a denúncia, conforme previsto no § 3°, do art. 7º da Lei nº 12.850/13, necessitando ser observado em eventual divulgação, os direitos do colaborador previstos no art. 5º da mesma Lei.

A partir da homologação do acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado de advogado, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações, quando, então, poderá colaborar, efetivamente, com a investigação, identificando os demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, bem como revelando a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, dentre outras informações, devendo sempre apresentar provas de suas afirmações.

O juiz determinou também, como forma de garantir o êxito das investigações, que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de Polícia, na forma prevista no art. 7º, § 2°, da Lei nº 12.850/13.

Além disso, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, o juiz determinou o sigilo das investigações advindas da colaboração a ser realizada, conforme autoriza o art. 23 da Lei nº 12.850/13.

A matéria da Colaboração Premiada é regida pela Lei nº 9.807/99 (arts. 13 a 15) e pela Lei nº 12.850/13 (arts. 4 a 7), sendo que a eficácia da colaboração premiada será apreciada por ocasião da prolação de sentença na Ação Penal respectiva (art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS edita súmula sobre cobrança indevida de tarifa de energia - 08/05/2015



Nesta quinta-feira (7), os integrantes da Seção Especial Cível de Uniformização de Jurisprudência reuniram-se para julgar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0822426-43.2012.8.12.0001/50000, tendo como tema a tese de um conflito jurisprudencial entre a 3ª, 4ª e 5ª Câmaras Cíveis quanto ao período de revisão das tarifas cobradas nas contas de energia elétrica e incidência dos tributos e encargos no cômputo da restituição devida.

O autor afirma que a 4ª e 5ª Câmaras entendem que o período passível de restituição e revisão tarifária é de abril de 2004 a dezembro de 2007, assim como permitem a incidência de tributos e demais componentes (multa e juros moratórios) no cômputo que deve integrar o cálculo da devolução. Requereu a uniformização de jurisprudência.

O relator do processo, Des. Eduardo Machado Rocha, lembrou que o art. 476 do CPC prevê a instauração de incidente e que para isso é necessário que esteja em curso o julgamento de recurso ou processo de competência originário dos Tribunais, perante uma Turma, Câmara ou Grupo de Câmaras (caráter preventivo), e ocorra divergência na interpretação da mesma questão de direito. Ele apontou também que o art. 494 e seguintes do Regimento Interno do TJMS disciplina a forma como o incidente de uniformização de jurisprudência deverá ser suscitado.

Fazendo o confronto analítico de acórdãos julgados nas Câmaras Cíveis apontadas, o relator apontou que há divergência de entendimento entre 3ª, 4ª e 5ª Câmaras do TJMS, no que se refere ao período de devolução das quantias pagas a maior na conta de energia elétrica em razão da revisão tarifária.

"A 3ª Câmara considera que a cobrança em excesso somente ocorreu de abril de 2005 até dezembro de 2007, quando a tarifa foi calculada de acordo com a equivocada base de remuneração prevista na Resolução Homologatória nº 072/2005. Por sua vez, a 4ª e a 5ª Câmaras Cíveis reputam abusivas a cobrança da tarifa de abril de 2004 a dezembro de 2007, com fundamento na Nota Técnica nº 340/2007 – SRE/ANEEL", explicou.

Assim, por maioria, os desembargadores da Seção Especial deram provimento ao incidente, de acordo com o parecer. Importante lembrar que da decisão resulta uma súmula e o texto desta conterá os seguintes termos: "nas revisões tarifárias de energia elétrica, o período de cobrança em excesso corresponde ao compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007, calculado de acordo com a Resolução nº 72/2005 da Aneel".

Entenda – Integram a Seção Especial Cível de Uniformização de Jurisprudência os três desembargadores mais antigos componentes das Câmaras Cíveis e responde pela presidência a Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges.

O incidente de uniformização da jurisprudência será apreciado pela Seção Especial Cível, se a divergência ocorrer entre as Câmaras Cíveis, e pelo Órgão Especial, se a divergência ocorrer entre as Seções Cíveis. Além disso, o incidente poderá ser suscitado por qualquer juiz, ao proferir seu voto, pela parte, ao arrazoar o recurso ou em petição distinta, e por terceiro interessado.

Se o órgão julgador firmar o entendimento de que não há divergência entre as teses em confronto ou de que a solução da divergência não afeta a apreciação do feito em que se instaurou o incidente, se encerrará o julgamento, sem apreciação do mérito.

A tese predominante, alcançando o quórum regimental, será objeto de súmula que servirá de precedente na uniformização da jurisprudência, embora nem todas as decisões colegiadas da Seção Especial Cível de Uniformização de Jurisprudência resultem em súmulas. Nesse caso, o posicionamento resultou na Súmula nº 3.

Para quem não sabe, no direito brasileiro chama-se súmula um verbete que registra a interpretação pacífica ou majoritária adotada a respeito de um tema específico, a partir do julgamento de diversos casos análogos, com a dupla finalidade de tornar pública a jurisprudência para a sociedade bem como de promover a uniformidade entre as decisões.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Guardas municipais podem se tornar mediadores de conflitos - 15/05/2015



No final da tarde desta quinta-feira (14), o Des. Romero Osme Dias Lopes, coordenador da área de mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, esteve no auditório do IMPCG para fazer uma palestra a aproximadamente 100 integrantes da guarda municipal.

O desembargador atendeu convite do secretário municipal de Segurança Pública, Valério Azambuja, já que ambos estão discutindo um possível convênio entre o Núcleo e o ente municipal. Campo Grande tem atualmente 1.200 guardas municipais, divididos em sete regiões. Ao se efetivar a parceria, os guardas civis municipais receberão o curso de Mediação Judicial oferecido pelo Tribunal de Justiça.

Importante ressaltar que a matriz curricular da Guarda Municipal, norma que rege os procedimentos de ação desses profissionais, prevê a formação em técnicas de mediação. Nas principais capitais brasileiras, a guarda já trabalha com conhecimento dessas técnicas.

Sem disfarçar a paixão pelo tema, Romero explicou o que é a mediação, suas aplicações, citou cases de sucesso e mencionou que existem conflitos passíveis de resolução apenas por meio de decisão judicial e isso significa que a justiça resolve o caso, mas permanece o conflito.

Questionado sobre as expectativas dos resultados da possível parceria, ele respondeu: “Queremos orientá-los, pois esses profissionais são o primeiro contato do cidadão com o Estado, e permitir que auxiliem a resolver muitas questões, já que convivem diariamente com pessoas em conflito. Vamos capacitá-los para que conheçam as técnicas e esperamos que muitos se tornem mediadores, propagadores dessa nova cultura”.

Romero explicou ainda que para o curso de mediação serão aceitos somente os que pretendem entender e participar dessa nova revolução no mundo dos agentes públicos. Segundo ele, o guarda municipal está na base do conflito e a mediação é uma mudança no modo como a sociedade vê o conflito.

“Na mediação há uma autocomposição assistida e isso quer dizer que os próprios envolvidos discutem suas demandas, na presença de um mediador imparcial, que não deve influenciar ou persuadir as pessoas a entrar em acordo. No processo de mediação existe a preocupação de (re)criar vínculos entre as pessoas, estabelecer pontes de comunicação, transformar e prevenir conflitos”, garantiu.

Para se ter uma ideia do trabalho realizado pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, de 2012 até abril de 2015, nos quatro Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania de Campo Grande foram realizadas 1.767 mediações, com 1.292 acordos. E mais: hoje os mediadores atuam quando o processo já está em andamento na justiça. A partir de agosto, a atuação será direcionada para antes de a demanda chegar ao Judiciário.

Em sua fala, Valério Azambuja lembrou que pretende transformar a guarda municipal de Campo Grande em uma guarda diferenciada e esse processo de transformação passa pelo conhecimento. Ele agradeceu a disponibilidade e a vontade de compartilhar do Des. Romero e garantiu que a palestra foi efetivamento o início de uma parceria de sucesso.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Itinerante em Ponta Porã realiza mais de 100 casamentos em dois dias - 18/05/2015



A visita, no último fim de semana (16 e 17 de maio), de um dos ônibus da Justiça Itinerante, pela primeira vez em Ponta Porã, superou as expectativas. A informação é dos juízes Cezar Miozzo, titular da 8ª Vara do Juizado Especial – Itinerante de Campo Grande, e Adriano da Rosa Bastos, da 1ª Vara Cível de Ponta Porã, que contabilizaram 110 acordos, 104 casamentos, cinco divórcios e um reconhecimento de paternidade, além dos aproximadamente 100 atendimentos apenas de orientações.

Agora, além de ser um proposta de justiça fácil que conquistou a população da capital de MS, a Justiça Itinerante também marcou sua passagem pela cidade conhecida como Princesinha dos Ervais. Tão grande procura justifica-se porque os serviços são eficientes, rápidos e gratuitos.

Os dados mostram que no sábado foram realizadas 53 conversões de união estável em casamento, três divórcios e uma conversão de separação em divórcio, além de 53 atendimentos e orientações para questões que não envolviam juizados especiais. No domingo, foram 51 conversões de união estável em casamento, um divórcio e as mais diversas orientações.

"De um modo geral, a procura superou as expectativas. Em nenhum momento ficamos sem alguém para atender. Tivemos muita ajuda do juiz Adriano e dos defensores. A equipe trabalhou motivada e voltou com a sensação de dever cumprido. Foi uma experiência maravilhosa e esperamos que se repita em Três Lagoas", disse Miozzo referindo-se à possibilidade de o ônibus estar naquele município em junho.

Para o juiz Adriano da Rosa Bastos, a experiência foi tão boa que deve ser repetida e ele já conversou com os defensores locais para disponibilizar, no Fórum, pelo menos as conversões de união estável em casamento nos mesmos moldes que a Itinerante faz.

"A população está acostumada a buscar o Judiciário para demandar e a vinda da Itinerante para Ponta Porã aproximou o cidadão da justiça, que a buscou para esclarecimentos, casamentos, enfim, outras questões que afligem e não são necessariamente demanda. Estamos vendo a possibilidade de

disponibilizar aqui a conversão de união estável em casamento como se faz nos ônibus da Itinerante. A ação foi realmente muito boa".

Avaliação – Acompanhado do juiz auxiliar da Presidência Paulo Afonso de Oliveira, o Des. Paschoal Carmello Leandro, vice-presidente do TJMS, também comemorou os números. Ao falar sobre a visita, ele ressaltou que essas ações não desafogam o Judiciário: são casos que geralmente nem chegam até a justiça.

"São pessoas de baixo poder aquisitivo que precisam dos serviços e nem sempre têm condições de buscá-los no Fórum. Foi muito proveitoso e percebemos que a população gostou e utilizou o que foi disponibilizado para se aproximar da justiça. Na Itinerante o cidadão encontra menos burocracia, não tem despesa, o atendimento é diferenciado, pois o próprio juiz atende as pessoas e estas, que geralmente têm dificuldade de ir até o Fórum, sentem-se bem porque não precisam preocupar-se se serão ou não recebidos", disse Paschoal.

Ressaltando a boa receptividade dos pontaporanenses e a qualidade dos serviços ofertados, o vice-presidente do TJMS lembrou do casal que foi oficializar a união vestido formalmente, a noiva com o tradicional vestido branco.

"Oferecemos uma prestação jurisdicional mais rápida, menos onerosa e menos traumatizante porque este casal estava vestido para o momento que consideravam especial, porém, outras pessoas compareceram de chinelo, de bermuda, enfim, e foram atendidos com a mesma qualidade. Não há como negar que a informalidade também faz parte da Itinerante", completou.

Especial – De acordo com o site Pantanal News, nem o frio da manhã de domingo em Ponta Porã impediu Dayse Elizangela Ferreira Ovando, 40 anos, de colocar um vestido de noiva para oficializar a união com o namorado Paulo Roberto Marques, 31.

Foi na Justiça Itinerante que o casal selou o namoro de um ano e três meses. Ela contou que não sentia a baixa temperatura: o sentimento predominante era a felicidade. "Sempre foi meu sonho e eu quis que fosse assim", confessou Dayse, pois além de economizar quase um salário mínimo, ela e o engenheiro de produção aproveitaram a chance para fugir da burocracia.

Ao portal de notícias, a noiva contou como providenciou tudo de forma tão rápida. A vontade de ficar juntos legalmente já existia, mas o casamento foi decidido às pressas depois que a mãe da noiva avisou que na Itinerante muita gente estava "dando o sim dentro da lei".

O vestido de noiva já tinha chegado há alguns dias, presente de uma amiga, e o smoking do noivo foi presente também. Assim, devidamente vestidos para a ocasião, ambos realizaram o sonho e a equipe da Itinerante, mais uma vez, participou desta nova fase da vida familiar que começou com a cerimônia.

Serviços – Criada em 2001 em Campo Grande, a Justiça Itinerante tem competência para conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade cujo valor não exceda 40 salários mínimos, bem como as causas relativas a direito de família – atrativos que efetivamente tem significado para aqueles que não têm condições de buscar a justiça comum.

A disponibilização de um dos ônibus de Campo Grande da Itinerante em Ponta Porã é resultado de uma parceria do Tribunal de Justiça com o governo estadual, que está levando aos municípios do interior a Caravana da Saúde. A primeira visita foi a Coxim, neste final de semana a proposta foi desenvolvida em Ponta Porã e Três Lagoas deve ser a próxima. A previsão é para o mês de junho.

Na Capital são dois ônibus para atender 17 bairros e desde 2013 o serviço também está disponível na Comarca de Dourados. Em Ponta Porã, o atendimento foi disponibilizado em frente ao Hospital Regional, com distribuição de cartilhas explicativas da Justiça Itinerante, do Juizado de Trânsito e do projeto Conheça o Judiciário.



Busca pelos serviços da Justiça Itinerante superou as expectativas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto Maria faz a diferença na escola é apresentado a alunos e professores - 21/05/2015



Na noite desta quarta-feira (20), a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS apresentou a alunos e professores da escola Paulo Freire o projeto Maria faz a diferença na Escola, criado em setembro de 2014.

A proposta já foi apresentada em outros estabelecimentos de ensino, mas somente para alunos de cursos técnicos. O diferencial desta apresentação é a inclusão de professores como público-alvo, já que podem ser multiplicadores.

Desta vez, além dos docentes, participaram estudantes dos cursos de técnicos de enfermagem, segurança do trabalho, podologia, radiologia e nutrição. Para Kaysa Brandão, coordenadora do curso de técnico de enfermagem, ações como essa são de extrema importância.

"O público do nosso curso é, na maioria, feminino e esperamos que essas mulheres, como profissionais, saibam levar este tipo de informação à população. É uma excelente iniciativa esta do Tribunal de Justiça, por intermédio da Coordenadoria", afirmou.

O professor Heraldo S. Bojikian lembrou que o tema está em evidência, em razão da realidade vivida no Brasil, e ressaltou que, quanto mais a mulher tiver conhecimento dos direitos, mais terá condições de buscar auxílio.

"A proposta de levar a informação é excelente porque infelizmente o cidadão não vai atrás de esclarecimento. Entendo que é a valorização do cidadão e da cidadania, permitindo à mulher o resgate do próprio respeito", apontou.

Conhecimento – A preocupação em discutir assunto tão grave com os estudantes é tamanha que o Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria, disponibilizou um espaço específico para o tema e, no site do projeto (http://www.tjms.jus.br/violenciadomestica/maria/) é possível encontrar informações sobre o que é a violência contra a mulher, quais os tipos de violência, o que fazer nessas situações, as dúvidas mais frequentes, o endereço de locais onde buscar auxílio, além de contatos, jogos e um gibi.

Após a apresentação da assistente social Vanessa Vieira e da psicóloga Sandra Regina Monteiro Salles, duas voluntárias da Coordenadoria, houve um espaço para conversa sobre a violência sofrida pela mulher com os alunos.

Habituadas a tratar com mulheres vítimas de todo tipo de violência, elas falaram sobre o que é a violência doméstica e familiar contra a mulher, como acontecem, quais os tipos de violências existentes (física, psicológica, sexual, moral e patrimonial) e as consequências disso na vida da mulher.

Apontaram ainda que são os papéis sociais que determinam o comportamento de homens e mulheres e que o objetivo do projeto Maria faz a diferença na Escola, alinhado com a Campanha Justiça pela Paz em Casa, é prevenir e mudar esse tipo de comportamento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Hospital construído com recursos da Cepa será inaugurado amanhã - 21/05/2015



Tudo pronto para a inauguração nesta sexta-feira (22), às 14 horas, do Hospital Dia, construído e mobiliado com recursos oriundos das penas pecuniárias, arrecadas pela Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal (VEP) da Capital. Dentre as autoridades que prestigiarão a solenidade, já estão confirmadas as presenças do presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, e do governador Reinaldo Azambuja.

Para a construção deste novo hospital, situado na Rua Riachuelo, 933, na Vila Planalto, o Judiciário sul-mato-grossense destinou, desde o início das obras em 2013, R$ 346.200,00, e deste valor R$ 45 mil serviu para comprar móveis.

Com 397,5 m², o Hospital Dia faz parte do Hospital Psiquiátrico Nosso Lar de Campo Grande, que atende pessoas com transtornos mentais. O novo hospital atenderá de segunda a sexta-feira, no período da manhã e da tarde, pacientes que receberam alta do tratamento psiquiátrico e, também, pessoas encaminhadas pelos planos de saúde. No local as pessoas recebem a medicação, são acompanhadas por médicos e psicólogos, além de ter alimentação, atividades físicas e terapia ocupacional.

O serviço garante que os pacientes façam o tratamento depois da alta ou, ainda, nos casos que não necessitem de internação, como explica a diretora do Hospital Nosso Lar, Angela Mara Barsante Santos Moreno. “O Hospital Dia vai dar mais tranquilidade às famílias, que muitas vezes não conseguem dar integral atenção aos pacientes depois da alta”.

O novo hospital vai ampliar o número de vagas da Capital para este tipo de atendimento médico. Recentemente o Conselho Regional de Medicina de MS (CRM-MS) fez denúncia ao Ministério Público Estadual por falta de leitos para atendimento psiquiátrico em MS. Em todo o Estado, são 242 leitos, a maioria em Campo Grande. O Hospital Dia terá capacidade para atender 40 pacientes, melhorando a rede de atendimento psiquiátrico.

Desde o ano de 2009, quando o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da Cepa, começou a destinar recursos para instituições que fazem trabalho social em Campo Grande, já foram repassados mais de R$ 3 milhões arrecadados das penas alternativas de pequenos delitos.

O próprio Hospital Nosso Lar já recebeu, em 2012, R$ 45 mil em recursos da CEPA para a construção do Ateliê "Ouvidores de Cores". Um espaço para o desenvolvimento de terapias ocupacionais aos pacientes como pintura em tela, em tecido, artesanato e poesia. Divididos em turmas com no máximo 15 pessoas, ao todo 220 pacientes do hospital (160 pelo SUS e 60 particulares) são beneficiados com o espaço de arte terapia.

Com o dinheiro das penas alternativas já foram beneficiadas entidades como a Fazenda da Esperança, que oferece tratamento para mulheres dependentes químicas, a Associação Beneficente dos Renais Crônicos de Mato Grosso do Sul (Abrec), a Sociedade Pestalozzi, o Cotolengo e outras entidades que realizam trabalho social em Campo Grande.

A iniciativa pioneira adotada pelo Poder Judiciário de MS, por meio Cepa, ganhou respaldo nacional com a edição da Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que adotou como política institucional do Poder Judiciário nacional a utilização dos recursos das penas pecuniárias, a exemplo do que já vem sendo feito no Estado desde 2009.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Boletim destaca resultados do mutirão DPVAT - 03/06/2015



Está disponível no Youtube (https://www.youtube.com/watch?v=MqXjpNL4-Bg) e no Portal do TJMS a edição desta semana do boletim Notícias TJMS – Edição 70 com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, a segunda etapa do mutirão de conciliação de processos sobre o seguro obrigatório DPVAT, realizado de 25 a 29 de maio, com audiências de processos da 3ª, 9ª, 11ª e 12ª Varas Cíveis Residuais.

Depois do sucesso em Ponta Porã, Itinerante irá a Três Lagoas - 10/06/2015



Depois do sucesso da Justiça Itinerante em Ponta Porã, com a realização de mais de 300 atendimentos, agora chegou a vez de Três Lagoas receber os serviços judiciais do ônibus da Justiça Itinerante. A população está convidada a preparar os documentos e buscar os serviços que vão de casamento a cobranças. A ação será nos dias 13 e 14 de junho, junto com a Caravana da Saúde do Governo do Estado.

A cidade é a terceira a ser atendida pela iniciativa do Poder Judiciário de levar serviços de competência dos Juizados Especiais para algumas macrorregiões de MS, em conjunto com a Caravana da Saúde. O ônibus estará na Arena Mix, situada na Rua Taufic Farran, s/n, Vila Piloto, no sábado, das 8 às 17 horas, e no domingo, das 7 às 12 horas.

Nos dois dias de atendimento, os habitantes de Três Lagoas e cidades da região Leste do Estado receberão orientação jurídica e serviços judiciais de modo ágil e de qualidade, tudo de forma gratuita.

Entre os serviços oferecidos estão conversões de união estável em casamento, divórcio direto, pedido e execução de alimentos, reconhecimento, investigação e exoneração de paternidade, guarda, cobranças, conversão de separação em divórcio, entre outros serviços de causas cíveis, de menor complexidade, cujo valor não exceda 40 salários-mínimos.

Vale lembrar que os interessados devem ir ao local de atendimento munidos de documentos pessoais e documentos relacionados à causa para a qual buscam solução. Por exemplo, nos casos de conversão em união estável, as partes devem levar, além de duas testemunhas, certidão de nascimento e identidade, se forem solteiros, e a certidão de casamento com a averbação do divórcio, se um dos dois já foi casado.

No último atendimento do ônibus da Justiça Itinerante, em Ponta Porã, centenas de pessoas procuraram o serviço, superando todas as expectativas. Foram pelo menos 110 acordos, 104 casamentos, cinco divórcios e um reconhecimento de paternidade, além dos aproximadamente 100 atendimentos apenas de orientações sobre causas diversas.

Segundos os dados do ano de 2014, a equipe da Justiça Itinerante de Campo Grande recebeu 10.669 ações, das quais 9.851 resultaram em acordos, o que significa dizer mais de 92% de aproveitamento. Foram apresentados 5.148 pedidos de conversão de união estável em casamento, 27 de restabelecimento de sociedade conjugal e 77 reconhecimentos de união estável. Houve também 2.066 pedidos de divórcio, 222 pedidos de conversão de separação em divórcio e 162 pedidos de dissolução de união estável.

Saiba mais – Criada em 2001 em Campo Grande, a Justiça Itinerante tem competência para conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade cujo valor não exceda 40 salários-mínimos, bem como as causas relativas a direito de família – atrativos que efetivamente tem significado para aqueles que não têm condições de buscar a justiça comum.

Na Capital são dois ônibus que atendem 17 bairros e, desde 2013, o serviço também está disponível na Comarca de Dourados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Convênio com Sebrae impulsiona gestão de entidades sociais - 11/06/2015

Com foco na melhoria da gestão das entidades sociais conveniadas à Central de Execução de Penas Alternativas, o Sebrae MS, por meio de convênio com o Judiciário, está dando suporte técnico e consultoria às instituições na busca de aperfeiçoar a forma como são administradas, além de potencializar a venda de produtos e serviços comercializados por elas.

Em continuidade a mais uma etapa do convênio, no mês de maio o Sebrae visitou as entidades que possuem alguma ação ou projeto que gere renda com o intuito de fazer um diagnóstico e propor melhorias para tornar os resultados mais eficientes, permitindo que cada vez mais essas organizações sejam capazes de promover seu autossustento.

Uma das instituições visitadas foi a Associação Pestalozzi, que atende crianças e adolescentes com deficiência mental ou distúrbios neuromotores. A instituição trabalha com a produção e venda de papel reciclado.

Dentre as sugestões dos consultores do Sebrae está o foco em um nicho de mercado, como por exemplo de convites para casamento. Além disso, a Pestalozzi tem o intuito de abrir uma loja para a comercialização de produtos diversos. Para tal, o Sebrae identificou a necessidade de realizar um planejamento mais aguçado sobre os objetivos da abertura deste espaço e apresentará uma proposta de atuação.

Outra entidade visitada foi a Associação Beneficente dos Renais Crônicos (Abrec), que possui como geração de renda uma malharia, cujo maquinário e estrutura foram doados pela CEPA. Neste caso, o projeto já está em funcionamento e recebeu a visita para aprimorar o trabalho e propor mudanças que garantam uma melhor gestão do negócio.

Um dos pontos em que o Sebrae apoiará a instituição é quanto à emissão de nota fiscal, já que é uma associação e está encontrando dificuldades neste aspecto. Os consultores também identificaram a necessidade de implantar um sistema de gestão/controle financeiro.

As visitas também ocorreram no Educandário Getúlio Vargas, que comercializa biscoitos e na Escola Especial Colibri. Trata-se de um trabalho inédito na Capital que busca a implantação de uma nova cultura nestas organizações que, embora dependam em sua maioria de trabalho voluntário, podem aprimorar sua geração de renda e conquistar um novo patamar de gestão, no qual deixem de ser dependentes de doações para serem autossustentáveis.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Nova Andradina é a 1ª comarca de MS com audiência de custódia - 19/06/2015



A Comarca de Nova Andradina é a primeira em Mato Grosso do Sul a ter audiência de custódia. A medida foi implantada depois que o juiz José Henrique Kaster Franco, da Vara Criminal, editou a Portaria nº 002, de 15 de junho.

Para quem não sabe, audiência de custódia consiste na garantia da rápida apresentação do detido ao juiz nos casos de prisão em flagrante e, para implantar tal norma procedimental, Kaster Franco aponta que a audiência de custódia serve para a apreciação mais adequada e apropriada da prisão imposta, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista pelo juiz da pessoa presa.

Questionado sobre o motivo de implantar a audiência de custódia agora, ele explicou que é melhor iniciar a medida de acordo com a realidade logística e particularidades da comarca do que esperar que seja imposta, sem possibilidade de discussão.

Pela portaria, com a audiência de custódia será possível ao juiz, ao membro do Ministério Público e à defesa ter ciência de possíveis casos de tortura, de inibir denúncias vazias de tortura e adotarem as providências cabíveis. Auxiliam também na prevenção do ciclo da violência e da criminalidade, quando possibilita ao juiz analisar se está diante da prisão de um criminoso ocasional ou de envolvidos com facções penitenciárias.

"O juiz deve se envolver, estar harmonizado com a realidade social em volta dele. Acredito que é melhor que veja a realidade. Além disso, possibilita aplicar a medida cautelar adequada. Dado importante que deve ser ressaltado é que a Polícia e o MP estão 100% favoráveis à implantação dessa medida. Antes, os presos eram levados da delegacia para o presídio nas segundas, quartas e sextas e agora farão uma parada estratégica no Fórum. Acertamos tudo sem atrapalhar a logística da polícia", explica.

Assim, os detidos em flagrante delito na Comarca de Nova Andradina, de acordo com a portaria, serão apresentadas ao juízo da Vara Criminal, no prazo máximo de 72 horas. Para que compareçam na

audiência de custódia, na qual será ouvido o detido, serão notificados o representante do Ministério Público e o defensor constituído ou, na ausência deste, a Defensoria Pública.

Importante lembrar que a previsão de realização de audiência de custódia não afasta a obrigatoriedade de comunicação da prisão em flagrante, no prazo de 24 horas, às autoridades elencadas no art. 306 do Código de Processo Penal, tampouco impede que, recebido o auto, o juiz decida, desde logo, pela liberdade provisória, com ou sem medida cautelar, ou mesmo pela decretação de prisão preventiva.

Antes de decidir, o juiz abrirá a palavra ao Ministério Público e à defesa, garantindo o contraditório e a ampla defesa. Nos casos de feriados prolongados, sem prejuízo da decisão imediata do juiz plantonista, o detido será apresentado em juízo no primeiro dia útil seguinte.

José Henrique sabe que ser pioneiro e responder pelo projeto-piloto aumenta sua responsabilidade, mas acredita que outros juízes de MS, ao verem que a audiência de custódia é perfeitamente possível, também a implantarão. E quais são as expectativas a partir de agora?

"Nossa expectativa é que a audiência de custódia funcione de acordo com o modelo implantado, evitando prisões desnecessárias e permitindo a melhor aplicação de medidas cautelares", concluiu.

Confira a íntegra da portaria no arquivo anexo.

http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201506181858531.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

II Congresso de Direito Processual Civil reúne 1.600 participantes - 19/06/2015



Desde ontem (18/06) acontece o II Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, no Centro de Convenções Arquiteto Rubens Gil de Camilo, em Campo Grande.

O evento tem o propósito de promover a atualização e discussão do novo Código de Processo Civil – Lei Federal n. 13.105/2015, pela comunidade jurídica sul-mato-grossense. Os participantes terão uma programação bastante abrangente, com palestras proferidas pelos mais renomados juristas do país, dada a preocupação do Tribunal de Justiça de MS e da Ejud em explanar novas lições emanadas do texto legal aos profissionais do Direito no Estado.

No dia 18, o congresso contou com notáveis palestrantes como Cassio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Jr, Nilton Cezar Antunes da Costa, Marcelo Abelha, Lauane A. Volpe Camargo, Luiz Henrique Volpe Camargo, dentre outros.

Hoje (19/06), o evento iniciou com a participação de Alexandre Reis Siqueira Freire, Antonio Carlos Marcato, Ministro Bruno Dantas, Olavo de Oliveira Neto e Rodrigo Barioni e Dierle Nunes.

De acordo com o diretor-geral da Ejud, Des. Júlio Roberto Cardoso Siqueira, que faz parte da comissão organizadora do evento, 1.600 pessoas participam do evento.

As instituições organizadoras deste grande evento são o Tribunal de Justiça de MS, por intermédio da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), a Escola de Direito Processual Civil (EDPC), a Justiça Federal/MS, a Defensoria Pública/MS, a Escola Superior da Defensoria Pública/MS, a OAB/MS, a Escola Superior da Advocacia/MS, a Assembleia Legislativa/MS, a Associação dos Juízes Federais/MS, a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e DF, a Associação dos Procuradores do MS e a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Vitor Nunes Leal.

Começa nesta segunda-feira mutirão carcerário em MS - 22/06/2015



Tem início nesta segunda-feira (22/06) e se estende até o próximo dia 10 de julho o Mutirão Carcerário do ano de 2015 no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, com esforço concentrado sobre a situação de todos os presos em Aquidauana e Dourados, além do reexame de todos os processos de presos provisórios no Estado.

O mutirão é coordenado pelo juiz Albino Coimbra Neto. Também participarão da organização os juízes Thiago Nagasawa Tanaka, Fernando Chemin Cury e Eguiliell Ricardo da Silva. Os magistrados se reunirão às 8 horas desta segunda-feira e logo mais se dirigirão à cidade de Dourados.

Uma das ações na Comarca de Dourados, afirma o juiz Albino Coimbra Neto, será a avaliação do funcionamento do recém inaugurado presídio semiaberto de Dourados. Conforme o magistrado, o local que agora dispõe de estrutura física adequada, deve sobretudo se imbuir de estabelecer o funcionamento do regime semiaberto de forma efetiva e eficiente, ao exemplo do que ocorre na Capital.

Ainda conforme o juiz, a prática do mutirão carcerário é uma ação já institucionalizada pelo Poder Judiciário, a partir de uma determinação do Conselho Nacional de Justiça para análise da situação dos presos provisórios no país, cuja média nacional é de 31% do total de presos.

O magistrado ressalta que em Mato Grosso do Sul o índice não ultrapassa os 25%, o que demonstra que o judiciário estadual vem estabelecendo de melhor forma o rigoroso cumprimento das normas legais que regem as prisões temporárias no país.

Conforme o juiz, "os presos, como estabelece a Lei de Execução Penal, têm seus direitos e benefícios e a tarefa do mutirão é verificar o fiel cumprimento da lei, muito embora, pelo número percentual de prisões provisórias em MS já se possa dizer que o Estado vem cumprindo regularmente o que a legislação prevê. Muito disso em virtude de o TJMS disponibilizar ferramentas de trabalho modernas, como o processo eletrônico, que facilitam e agilizam a condução dos processos, além é claro da realização periódica dos mutirões carcerários".

Muito embora, frisa Albino Coimbra, a eficácia no acompanhamento processual do Estado não consegue impedir o acúmulo de serviço, que pode ser caracterizado como algo inevitável diante do número gigantesco de presos. E isto, ressalta o juiz, "é uma característica da nossa sociedade, da qual submerge-se uma grande leva de infratores. Para tal o mutirão se faz necessário, não para beneficiar presos, mas para o Judiciário conseguir prover o regular cumprimento da lei".

Saiba mais – Serão analisados 706 presos condenados da Vara Criminal de Aquidauana, sendo 99 do Estabelecimento Penal de Aquidauana, 119 do Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, Aberto e Assistência ao Albergado de Aquidauana e 488 presos da Penitenciária de Dois Irmãos do Buriti.

Da 3ª Vara Criminal de Dourados serão analisados 1.549 processos de presos da Penitenciária Estadual de Dourados, 463 do Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, Aberto e Assistência ao Albergado e 67 do Estabelecimento Penal Feminino de Regime Semiaberto, Aberto e Assistência à Albergada, em um total de 2.079 processos.

Além disso, será analisada a situação de todos os presos provisórios no Estado, cujo quantitativo será apurado ao final do mutirão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

TJMS ganha prêmio de jornalismo jurídico com o Livro de 35 anos - 22/06/2015



O Livro de 35 anos do TJMS sagrou-se campeão, na categoria Publicação Especial, no XIII Prêmio Nacional de Comunicação e Justiça, realizado de 18 a 19 de junho, em Belo Horizonte (MG), durante o Congresso Brasileiro de Assessores de Comunicação da Justiça (Conbrascom).

A publicação concorreu com mais 16 outras, sendo finalista com publicações dos Tribunais de Goiás e Alagoas. Realizada pela Secretaria de Comunicação do Tribunal de Justiça, o Livro de 35 anos do TJMS é um trabalho feito pelos jornalistas e publicitários, servidores do judiciário, e impresso na gráfica do Tribunal, o que garantiu um produto autoral e de alta qualidade gráfica, sem custos adicionais para a Administração Pública.

O XIII Prêmio Nacional de Comunicação e Justiça é uma iniciativa do Fórum Nacional de Comunicação e Justiça, organização não-governamental sem fins lucrativos, fundada pelos assessores de Comunicação do Judiciário, do Ministério Público, defensorias, OAB, tribunais de contas e instituições afins, voltada ao desenvolvimento de debates e ações para aproximar as organizações públicas do cidadão.

Saiba mais – O livro, publicado em comemoração aos 35 anos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, tem o objetivo de resgatar a memória e mostrar toda a trajetória e evolução da justiça sul-mato-grossense nessas três décadas e meia de história, por meio de uma linha do tempo.

Muitas mudanças aconteceram ou foram realizadas, a fim de melhorar os serviços prestados à população do estado de Mato Grosso do Sul. Como consequência, inovações foram proporcionadas em diversos setores relacionados, o que fez com que o Poder Judiciário de MS estivesse, por diversas vezes, em destaque nacional.

A linha do tempo destaca acontecimentos da história do PJMS, que vão desde o início do Tribunal de Justiça de MS, ainda no Edifício Cosmos, em 1979; passando pela criação dos Juizados Especiais, criação da Justiça Comunitária, Justiça Itinerante e Juizado de Trânsito e a implantação da Sala Segura no Tribunal de Justiça.

Outros fatos são relembrados, como o primeiro concurso de servidores para as comarcas; criação do projeto Conheça o Tribunal de Justiça; inauguração da Galeria dos Desembargadores; a realização do projeto Justiça na Praça; a criação da Coordenadoria da Infância e da Juventude; a criação da Escola Judicial e a adesão do Judiciário do estado às redes sociais.

Assim como os fatos são destacados e relembrados, indiretamente, fazem com que sejam lembradas também as pessoas envolvidas em todos os trabalhos desenvolvidos durante os 35 anos, que contribuíram para o aumento do prestígio e da confiança depositadas pelos cidadãos sul-mato-grossenses no Poder Judiciário de MS.

A versão on-line completa do livro físico está disponível no endereço http://www.tjms.jus.br/tjms35anos.

Em tempo: O TJ já foi premiado outras vezes no mesmo Congresso pela publicação da Revista Biênio 2001/2002, pelo projeto Portal do Tribunal na internet e por ter uma das melhores intranet das instituições jurídicas brasileiras.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Boletim destaca II Congresso de Direito Processual Civil de MS - 23/06/2015



Está disponível no Youtube (https://www.youtube.com/watch?v=g2Xw9A4s8ow) e no Portal do TJMS a edição desta semana do boletim Notícias TJMS – Edição 72 com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, o II Congresso de Direito Processual Civil de Mato Grosso do Sul, realizado nos dias 18 e 19 de junho em Campo Grande, e a visita de representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de Santa Catarina na Casa da Mulher Brasileira.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Capital recebe homenagem por valorização da vida - 24/06/2015



O juiz Aluízio Pereira dos Santos, titular da 2ª Vara do Tribunal do Júri e atual diretor do Fórum da Capital, recebeu nesta quarta-feira (24), na Câmara Municipal de Campo Grande, o Diploma de Honra ao Mérito pela Valorização da Vida do Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas, Vitor André Zílio Maximiniano.

A homenagem faz parte da programação da XVII Semana Nacional Antidrogas, organizada pelo Conselho Estadual Antidrogas (Cead) e Conselho Municipal Antidrogas (Comad), que tem o intuito de alertar a sociedade sobre os riscos do uso de drogas e no combate ao tráfico.

Aluízio Pereira dos Santos esteve à frente da Comissão de Licitação do Conselho Estadual Antidrogas até fevereiro deste ano. Durante sua gestão o magistrado trouxe uma nova dimensão para a realização dos leilões de veículos apreendidos, tornando o Estado de MS referência nacional na realização de leilões.

O juiz foi responsável pela divisão de MS em cinco circunscrições, à frente das quais atuam cinco leiloeiras que deixaram apenas de realizar o leilão em si para fazer o levantamento da quantidade de veículos apreendidos nas delegacias, sua avaliação e também todo o desembaraço necessário para a efetiva venda do bem.

Com isso, houve uma grande redução do número de veículos apreendidos se deteriorando nos pátios de órgãos públicos, além do aumento no número de leilões, que também passaram a ser realizados via internet, incrementando sobremaneira as verbas recolhidas. Segundo o Conselho Estadual Antidrogas, durante a administração do juiz foram realizados oito leilões que arrecadaram mais de R$ 3,3 milhões com a venda de cerca de 800 automóveis.

Os valores arrecadados são repassados à Secretaria Nacional Antidrogas que destina os recursos para projetos de combate ao tráfico de entorpecentes.

A homenagem desta quarta-feira é um reconhecimento mais do que justo pelo trabalho do magistrado em prol da valorização da vida e do ser humano.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Nova ferramenta dará mais agilidade aos alvarás de soltura - 24/06/2015



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, firmou, na manhã desta quarta-feira (24), convênio com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), para cumprimento de alvarás de soltura por via eletrônica. O procedimento será realizado pela ferramenta denominada "Malote Digital", que foi disponibilizada pelo Tribunal de Justiça para que a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), por meio da Central Estadual de Alvará de Soltura receba e dê cumprimento aos alvarás de solturas pela via digital.

A ferramenta dará mais agilidade e segurança ao cumprimento dos alvarás de soltura, que agora passam a ser acessados e cumpridos, 24 horas por dia, por servidores da Agepen na Central Estadual de Alvará de Soltura.

Com isto, não há mais a necessidade de um oficial de justiça levar o alvará ao presídio, reduzindo custos com deslocamentos e despesas com recursos humanos.

A garantia do direito do preso à liberdade e a segurança jurídica é um dos principais pontos positivos. "Temos que buscar mecanismos para agilizar o funcionamento do Judiciário, e um deles é esse convênio que celebramos hoje, que fará com que os alvarás sejam cumpridos com mais eficiência, mais rapidez e com maior transparência e segurança para todos aqueles que atuam nesse processo", disse o Des. João Maria Lós.

Com a utilização do Malote Digital, o juiz expede o alvará de soltura que já será enviado via Malote Digital para a Central Estadual de Alvará de Soltura onde um servidor da Agepen dará cumprimento, caso o réu não tenha outro processo que o mantenha em prisão. Antes da nova ferramenta, o cumprimento era feito apenas nos dias de semana, em horário de expediente, o que prejudicava o preso com direito à liberdade.

O sistema é totalmente sigiloso e seguro, sendo acessado apenas por pessoas autorizadas. "Será mais ágil, além do fato de o programa nos oferecer a possibilidade de ter um controle maior, porque ele registra todo o andamento dos documentos e essa circulação é absolutamente segura, não tem possibilidade de alguém acessar os documentos, a não ser a pessoa cadastrada", explica o coordenador das Varas de Execução Penal, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ineditismo: TJMS irá estender mutirão DPVAT para todo o Estado – 25/06/2015



Em uma iniciativa inédita em todo o país, o Tribunal de Justiça estenderá para todas as comarcas de Mato Grosso do Sul o mutirão de conciliação dos processos relacionados ao seguro obrigatório DPVAT. As ações deverão ter início no mês de agosto e percorrer as 51 comarcas do interior até o final de 2015.

As primeiras tratativas para a realização do mutirão foram realizadas na manhã desta quinta-feira (25/06), no Salão Pantanal do Tribunal de Justiça, com a presença do presidente do TJ, Des. João Maria Lós, do coordenador do Núcleo Permanente de Solução de Conflitos – Conciliação, Des. Vladimir Abreu da Silva, dos juízes auxiliares da Presidência do TJMS, Alexandre Antunes da Silva e Paulo Afonso de Oliveira, e do representante da Seguradora Líder – DPVAT, atual responsável pela administração do DPVAT, Flávio Morais.

Trajetos – Para o desenvolvimento das ações do mutirão, a logística dos trabalhos seguirá sete trajetos que atingirão todo o interior de MS. De acordo com a base total da Seguradora Líder no Estado, hoje são 4.733 processos nas 51 comarcas. Para a realização dos mutirões, essa base terá de ser analisada, separando-se os processos aptos para acordo.

Mutirões na Capital – Neste ano já ocorreram três etapas do mutirão DPVAT no Fórum de Campo Grande, com 884 audiências realizadas, 537 acordos (60,74%) e 671 perícias (75,9%) em processos de varas cíveis residuais, e no mês de julho foram pré-agendadas mais 400 audiências.

Os eventos de conciliação e de mediação têm sido uma constante no Judiciário sul-mato-grossense, que vê as formas de autocomposição de conflitos como o melhor caminho a ser seguido. Além dos acordos obtidos nas audiências de conciliação, o enorme acervo de processos de indenização de DPVAT existentes irá diminuir, pois parte dos casos em que não houver acordo poderá ser sentenciado com resolução de mérito, baseado na perícia médica realizada durante o mutirão.

Como funciona – Os processos elencados para o mutirão conciliatório são indicados em cada vara pela própria seguradora, classificados como mais suscetíveis de acordo.

Depois desta identificação prévia, o trabalho fica por conta do cartório de cada vara que procede às intimações das partes para que compareçam no dia e hora agendados.

No local de atendimento ao público funcionará uma sala de perícia, local para as partes aguardarem o atendimento e as mesas onde serão feitas as tentativas de acordo. Além disso, uma equipe da seguradora trabalhará concomitantemente com as audiências, analisando as perícias e estabelecendo tratativas e demais ações que se fazem necessárias para garantir o êxito dos acordos.

Sobre o DPVAT – O Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, mais conhecido como Seguro DPVAT, existe desde 1974 e tem o objetivo de indenizar vítimas de acidentes de trânsito de motoristas, passageiros ou pedestres.

Hoje existe cobertura para os casos de morte, invalidez permanente e reembolso de despesas médicas e hospitalares (DAMS), que podem chegar até o valor de R$ 13.500 em caso de morte ou invalidez permanente e de até R$ 2.700 em reembolso de despesas.

Segundo dados obtidos no sítio eletrônico da Seguradora Líder – DPVAT, atual responsável pela administração do DPVAT, de janeiro a dezembro de 2014 foram pagas 763.365 indenizações dos três tipos de cobertura, em todo o país, somando quase R$ 4 bilhões. A invalidez permanente é o tipo de dano mais pago pela Seguradora, foram 595.693 indenizações no período.

A maioria dos casos são resolvidos administrativamente, com um simples pedido da vítima de acidente junto a seguradora. Os demais casos vão para o Judiciário resolver. Mas com uma frota de mais de 85 milhões de veículos rodando pelo país, segundo dados do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran), os acidentes de trânsito se tornaram uma epidemia nacional.

A motocicleta é o principal meio de transporte envolvido em acidentes de trânsito, com 580 mil casos indenizados em todo o ano passado.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conciliação: TJ capacita juízes leigos e conciliadores de MS - 26/06/2015



Durante dois dias, 170 juízes leigos e conciliadores de todo o Estado participaram, no auditório do hotel Novotel, em Campo Grande, do curso Técnicas de Conciliação, promovido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS).

No primeiro dia de curso (25), o juiz substituto da 2ª Vara Cível de Curitiba, Luciano Campos de Albuquerque, abordou a Teoria da Comunicação, aplicada aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos. Para o magistrado paranaense, "a humanização dos atendimentos é um passo importante na solução de conflitos. É preciso ter uma visão de que cada pessoa é diferente em muitos aspectos, bem como na percepção e na reação de cada um".

Também foram abordadas na quinta-feira as temáticas da Moderna Teoria do Conflito, a Introdução aos Meios Adequados de Administração e Resolução de Conflitos e os Fundamentos de Negociação.

Nesta sexta-feira (26), os conciliadores e juízes leigos estudaram o processo de conciliação como um todo, as ferramentas disponíveis e aplicáveis, a recontextualização do problema e a identificação de propostas implícitas entre outros temas.

Segundo um dos instrutores do curso, o advogado Nilton César Antunes da Costa, no bojo do texto do novo Código de Processo Civil os métodos autocompositivos têm um papel preponderante. "O novo CPC traz uma proposta para a autocomposição de maneira a enaltecê-la com os princípios da confidencialidade, da autonomia da vontade das partes, da oralidade, da informalidade e da independência do mediador e conciliador enquanto auxiliares da justiça. Ou seja, o novo CPC deu visibilidade no ordenamento jurídico brasileiro à autocomposição no ambiente judicial".

O conciliador do 1º Juizado Central de Campo Grande, Sérgio Bernardelli, também salientou a importância da qualificação antes da entrada em vigor do novo CPC em março de 2016. "Neste curso, podemos desenvolver técnicas, ferramentas e maneiras para trabalhar com o processo de mediação e

conciliação. Ainda mais neste momento, em que estamos na iminência da entrada em vigor do novo CPC, em que há uma atenção muito especial para esta solução consensual de conflitos, dentre elas a mediação e a conciliação".

Esta é uma tendência mundial, conforme explicou o juiz leigo da Comarca de São Gabriel do Oeste, Jefferson Daniel Figueiredo, que participou do curso. "Há uma tendência no mundo de se tentar resolver conflitos de outras formas que não as judicializadas e hoje há demandas em massa que abarrotam o Poder Judiciário. Neste ponto, é muito importante a iniciativa da Ejud de capacitar os conciliadores e juízes leigos, preparando a pessoa que vai estar na linha de frente, para atender o jurisdicionado da forma mais adequada e mais célere, o que vai diminuir as demandas do Poder Judiciário de MS".

No fim do curso, foi realizada uma audiência de conciliação simulada com os participantes do curso. A experiência serviu para ilustrar como o conciliador deve se portar e como as dificuldades podem ser vencidas durante a audiência, chegando a uma solução que beneficia as duas partes em conflito.

Participaram da abertura do curso o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, o diretor-geral e o vice da Escola Judicial, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, o Des. Marco André Nogueira Hanson, que preside o Conselho de Supervisão dos Juizados, o Des. Des. Romero Osme Dias Lopes, coordenador do Núcleo Permanente de Solução de Conflitos – Mediação, e o Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador do Núcleo Permanente de Solução de Conflitos – Conciliação.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Em 2015 Projeto Padrinho completa 15 anos em prol das crianças acolhidas - 26/06/2015



Neste dia 26 de junho o Projeto Padrinho completa 15 anos de existência. A iniciativa pioneira de Campo Grande se estendeu por diversas comarcas do interior do Estado e auxilia crianças e adolescentes durante o período em que permanecem em instituições de acolhimento.

Criado em Campo Grande, em 26 junho de 2000 pela então juíza da Vara da Infância e Juventude, Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, o Projeto Padrinho completa 15 anos com muitos resultados positivos. Desde sua criação, a proposta tornou-se referência nacional e atende hoje as entidades de acolhimento nas diversas modalidades de apadrinhamento.

O Projeto Padrinho tem por objetivo mostrar à sociedade a realidade das crianças em situação de risco e estimular o exercício da cidadania, convidando as pessoas a gestos de afetividade, levando carinho e convivência familiar e comunitária às crianças.

Desde 2011 a Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS (CIJ) vem dando apoio na ampliação do Projeto Padrinho, incentivando implantações e proporcionando treinamentos nas comarcas do interior do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Poder Judiciário de MS institui Política de Segurança Institucional - 29/06/2015



Publicada no Diário da Justiça desta segunda-feira (29), a Portaria nº 754 institui em todo o âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul a Política de Segurança Institucional, regida por diretrizes, medidas, protocolos e rotinas de segurança orgânica e institucional. A norma visa gerir riscos de eventos danosos e diminuir os impactos dos incidentes ou falhas, para a proteção e bom andamento das atividades jurisdicionais e administrativas.

A proteção ao ser humano é um dos principais objetivos da Política de Segurança do PJMS, além da proteção ao patrimônio público e às informações guardadas pela instituição, conforme informa o art. 4º da Portaria.

Desta forma, para a proteção de quem trabalha no Poder Judiciário e dos bens físicos e informacionais foi criado o Sistema Integrado de Segurança Institucional (SISI), que tem atuação em todo o Estado de MS, e fica incumbido do controle de entrada, permanência e saída de pessoas, materiais e veículos.

A Política de Segurança Institucional tem como diretrizes a gestão permanente da segurança, a cooperação do Tribunal de Justiça com as demais instituição e órgãos públicos, a padronização de processos e soluções, a otimização da alocação de recursos e tecnologias, além da implementação de cursos de formação, aperfeiçoamento ou especialização para capacitação de pessoal.

Vários temas de interesse em segurança são tratados no Anexo I da Portaria, que trata do Sistema Integrado de Segurança Institucional (SISI), como os mecanismos de acesso às dependências e a sistemas, controle de entrada, inclusive por pessoas com porte de arma de fogo.

Outra novidade é a normatização dos crachás de identificação, que terão cor e formatação diferente, conforme o vínculo da pessoa com o Poder Judiciário.

A Portaria nº 754 está de acordo com as Normas Técnicas NBR 14276/06, com a Lei Federal nº 12.694/2012, que autoriza os Tribunais a tomar medidas para reforçar a segurança dos seus prédios, a Lei Federal nº 10.826/2003, que trata do registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, além das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça de nº 104/2010 e 176/2013, que dispõem, respectivamente, sobre medidas administrativas para a segurança e institui o Sistema Nacional de Segurança do Poder Judiciário.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inovação: Juiz realiza audiências por videoconferência em seu gabinete - 30/06/2015



Evitando custos com diárias e deslocamentos pelo Estado, na tarde da última sexta-feira (26) o juiz Carlos Alberto Garcete, titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital, resolveu trocar a estrada pela tecnologia e realizou quatro audiências agendadas na Comarca de Bandeirantes, por meio de videoconferência.

Esta é uma nova possibilidade que poderá fazer parte da rotina dos juízes que, por uma razão ou outra, não podem estar presentes no local em que as audiências devem ocorrer. Algo semelhante já foi utilizado por magistrado do interior que, estando na Capital para tratamento de saúde, optou por não desmarcar as audiências em sua comarca e utilizar um terminal de videoconferência do Fórum de Campo Grande para realizá-las remotamente.

O sistema de videoconferência já é utilizado em geral para os casos de oitiva de réus presos ou testemunhas que moram em comarcas distintas de onde o processo tramita. No entanto, nada impede que a audiência ocorra sem a presença física do juiz, em especial para que, em situações excepcionais, não ocorra o adiamento das audiências por impedimentos diversos do juiz, ou nos casos em que o magistrado está atuando como substituto em comarca distinta de onde atua.

Na primeira experiência deste formato feita pelo juiz Carlos Alberto Garcete foram realizadas quatro audiências: uma delas sobre um crime de feminicídio (violência doméstica), outra sobre tráfico de drogas e duas audiências admonitórias em execução penal, aquelas em que, após a condenação, o juiz esclarece as condições para o cumprimento da pena ao sentenciado.

Garcete explica que a grande vantagem do uso desta ferramenta é que o juiz que está substituindo em outra comarca não precisa perder horas de deslocamento para chegar ao destino, além da economia aos cofres públicos, pois sem o deslocamento não há o pagamento de diárias.

O juiz destaca que o uso da videoconferência não precisa ser transformado em regra e sim é uma ferramenta à disposição do magistrado para os casos em que ele entender ser possível conduzir audiências

de menor grau de complexidade, sem prejuízos para as partes, sobretudo em situações de substituição onde o magistrado não se afasta de seus afazeres na vara em que atua como titular para acompanhar os processos em caráter de substituição.

A advogada Rafaela Cristina de Assis Amorim, que participou da audiência sobre o caso de violência doméstica, afirma que é a favor do uso da tecnologia, embora reconheça que em algumas situações, como em processos de família, seja importante a presença fisicamente do juiz.

O promotor de justiça Daniel Higa de Oliveira que atuou como acusação na respectiva audiência, concorda com a advogada que em determinadas situações é imprescindível a figura do juiz fisicamente, mas também vê com bons olhos o uso da ferramenta, que poupa recursos e dá celeridade aos processos.

Saiba mais: Para a realização da videoaudiência foi instalado na sala do magistrado uma webcam e um software de videoconferência que se conecta a qualquer comarca do Estado. No local onde a audiência ocorreu, em Bandeirantes, foi utilizada uma das estações móveis de videoconferência disponíveis para o interior do MS. A estação é composta basicamente por um monitor de TV e câmera.

O software utilizado para a realização das videoaudiências permite algumas facilidades, como a gravação do áudio e vídeo diretamente nos autos do processo. Caso o SAJ (Sistema de Automação da Justiça) esteja indisponível no momento em que audiência ocorra, é possível realizar a gravação offline e anexar o conteúdo posteriormente no processo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação n. 0804861-69.2013.8.12.0021 014
Apelação n. 0814556-73.2014.8.12.0001 020
Mandado de Segurança n. 1406999-86.2014.8.12.0000 025

Claudionor Miguel Abss Duarte

Agravo de Instrumento n. 1402169-43.2015.8.12.0000 034
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1403874-76.2015.8.12.0000 040
Embargos de Declaração n. 1415835-48.2014.8.12.0000/50000 051

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0038833-94.2011.8.12.0001 061
Apelação n. 0047449-58.2011.8.12.0001 065
Agravo de Instrumento n. 1403325-66.2015.8.12.0000 068

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0026760-32.2007.8.12.0001 072
Apelação n. 0811174-72.2014.8.12.0001 084
Apelação n. 0828960-66.2013.8.12.0001 091

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0005832-55.2010.8.12.0001 104
Apelação n. 0061530-80.2009.8.12.0001 118
Agravo de Instrumento n. 1404593-58.2015.8.12.0000 123

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0000331-86.2011.8.12.0001 130
Apelação n. 0140119-57.2007.8.12.0001 134
Mandado de Segurança n. 1412851-91.2014.8.12.0000 140

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0000806-07.2011.8.12.0045 147
Apelação n. 0011769-80.2009.8.12.0001 151
Apelação n. 0802249-21.2013.8.12.0002 157

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0103124-71.2009.8.12.0002 160
Apelação n. 0803009-50.2012.8.12.0019 167
Apelação n. 0803335-13.2012.8.12.0018 170
Agravo Regimental n. 1401783-13.2015.8.12.0000/50000 178

Marcelo Câmara Rasslan

Ação Rescisória n. 0013947-78.2004.8.12.0000 181
Embargos de Declaração n. 0013947-78.2004.8.12.0000/50015 242
Apelação n. 0028830-51.2009.8.12.0001 250

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0006531-59.2010.8.12.0029 261
Apelação n. 0550019-54.1999.8.12.0041 274
Apelação n. 0803514-06.2014.8.12.0008 336

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0045791-38.2007.8.12.0001 343
Apelação n. 0801405-87.2013.8.12.0029 350
Mandado de Segurança n. 1403589-83.2015.8.12.0000 356

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação n. 0003550-78.2009.8.12.0001 371
Apelação n. 0069238-84.2009.8.12.0001 362
Apelação n. 0802542-09.2014.8.12.0017 367

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0002722-28.2009.8.12.0019 379
Apelação n. 0046583-50.2011.8.12.0001 384
Agravo de Instrumento n. 1406841-31.2014.8.12.0000 391

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0103572-15.2007.8.12.0002 395
Apelação n. 0806746-84.2014.8.12.0021 405
Apelação n. 0818304-50.2013.8.12.0001 408

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental n. 0000046-97.2010.8.12.0011/50000 413
Apelação n. 0042154-40.2011.8.12.0001 421
Agravo Regimental n. 1405261-63.2014.8.12.0000/50000 427

Vilson Bertelli

Apelação n. 0021013-53.1997.8.12.0001 434
Apelação n. 0801537-34.2013.8.12.0001 438
Agravo de instrumento n. 1402625-90.2015.8.12.0000..... 442

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0805388-84.2014.8.12.0021 446
Apelação n. 0833855-70.2013.8.12.0001 449
Mandado de segurança n. 1400266-07.2014.8.12.0000..... 454

Jairo Roberto de Quadros

Apelação n. 0007894-47.2010.8.12.0008 462
Apelação n. 0800116-43.2013.8.12.0022 467
Agravo de instrumento n. 1400618-28.2015.8.12.0000..... 474

José Ale Ahmad Netto

Apelação n. 0002905-53.2009.8.12.0001 479
Apelação n. 0835684-86.2013.8.12.0001 482
Agravo de instrumento n. 1415760-09.2014.8.12.0000 487

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0006384-12.2013.8.12.0002 493
Apelação n. 0006560-08.2011.8.12.0019 504
Apelação n. 0012918-72.2013.8.12.0001 508

Dorival Moreira dos Santos

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001061-53.2014.8.12.0014/50000 517
Apelação n. 0043391-75.2012.8.12.0001 530
Apelação n. 0809603-97.2013.8.12.0002 534

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0000376-07.2010.8.12.0040 537
Habeas Corpus n. 1403079-70.2015.8.12.0000 542
Desaforamento de Julgamento n. 1403825-35.2015.8.12.0000 547

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000661-36.2014.8.12.0015/50000 552
Apelação n. 0010572-48.2013.8.12.0002 557
Habeas Corpus n. 1404387-44.2015.8.12.0000 565

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0001578-76.2007.8.12.0055 569
Apelação n. 0011947-53.2014.8.12.0001 583
Mandado de Segurança n. 1403599-30.2015.8.12.0000 596

Manoel Mendes Carli

Agravo de Execução Penal n. 0002633-46.2015.8.12.0002 602
Agravo de Execução Penal n. 0006669-37.2015.8.12.0001 606
Habeas Corpus n.1406478-10.2015.8.12.0000 615

Maria Isabel de Matos Rocha

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001931-89.2010.8.12.0030/50000 619
Apelação n. 0008171-45.2014.8.12.0001 621
Habeas Corpus n. 1401645-46.2015.8.12.0000 628

Romero Osme Dias Lopes

Apelação n. 0000741-43.2014.8.12.0033 635
Habeas Corpus n. 1404296-51.2015.8.12.0000 645
Apelação n. 0003776-18.2012.8.12.0021 648

Ruy Celso Barbosa Florence

Agravo de Execução Penal n. 0007229-76.2015.8.12.0001 654
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0040002-19.2011.8.12.0001/50000 658
Habeas Corpus n. 1402166-88.2015.8.12.0000 664

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Acordo judicial. Partilha de bens. Dissolução de união estável. Erro substancial. Vício de consentimento. Não comprovação (0805388-84.2014.8.12.0021) 440

Ação civil pública

Obrigação de fazer. Omissão administrativa. Regularização de reserva legal. Propriedade rural. Termo de Ajustamento de conduta (TAC). Novo Código Florestal. Ausência de verossimilhança. Tutela antecipada. Aplicação de multa. Não cabimento (1402169-43.2015.8.12.0000) 034

Ação de busca e apreensão

Quitação da obrigação. Contrato cumprido. Depósito extemporâneo. Manutenção do contrato. Princípio da boa-fé e da função social do contrato (0814556-73.2014.8.12.0001) 020

Ação de cobrança

Seguro obrigatório. DPVAT. Acidente com trator. Veículo automotor. Indenização devida. Correção monetária. Termo *a quo*. Evento danoso (0802249-21.2013.8.12.0002)..... 157

Ação de divórcio

Acordo homologado. Obrigação imposta à União. Incompetência da justiça estadual (1400266-07.2014.8.12.0000) 449

Regime de comunhão parcial de bens. Partilha (0000806-07.2011.8.12.0045) 147

Ação de reparação de danos

Vacina. Eclosão dos sintomas de doença autoimune. Responsabilidade objetiva do Estado. Danos morais e materiais. Falta de nexo causal. Inexistência do dever de indenizar (0026760-32.2007.8.12.0001) 072

Veículo zero km que apresenta defeitos. Vício de fábrica. Inúmeros reparos mecânicos. Responsabilidade solidária. Dano moral configurado. *Quantum*. Razoabilidade. Substituição do veículo. Escolha do consumidor (0011769-80.2009.8.12.0001).....151

Ação direta de inconstitucionalidade

Medida cautelar. Suspensão de eficácia de dispositivos de lei municipal. Veto parcial. Rejeição. Câmara municipal. Liminar deferida (1403874-76.2015.8.12.0000).....040

Ação petitória

Prescrição extintiva. Exceção de usucapião. Matéria não alegada em contestação. Preclusão. Alienação de imóveis mediante procuração pública. Procuração em causa própria. Cumprimento de negócio. Morte do mandatário substabelecido. Reconhecimento do direito à posse do primeiro comprador com base no domínio. Denunciações da lide. Improcedentes (0550019-54.1999.8.12.0041) 274

Ação rescisória

Indenização. Desapropriação indireta. Violação literal a dispositivos legais. Erro de fato. Falsidade de prova. Violação ao art. 485, VI e IX, do CPC. Não configuração (0013947-78.2004.8.12.0000) 181

Alimentos

Execução. Exceção de pré-executividade. Credora que contrai novo matrimônio. Extinção da obrigação de prestar alimentos. Extinção da execução (1402625-90.2015.8.12.0000) 437

Arrolamento de bens

Bens penhorados. Remoção. Manutenção do depósito nas mãos do devedor. Possibilidade. Caráter excepcional. Inteligência do art. 666, § 1º, do CPC (1406841-31.2014.8.12.0000).....391

Concurso público

Candidato aprovado. Pedido de transferência para o final da fila da lista de classificados. Possibilidade (1406999-86.2014.8.12.0000) 025

Exame psicológico. Previsão em lei. Edital. Inexistência de previsão. Ilegalidade (0804861-69.2013.8.12.0021) 014

Contrato de seguro

Condutor alcoolizado. Prova técnica. Desnecessidade. Exclusão de cobertura. Cláusula abusiva. Descaracterização. Agravamento intencional do risco (0103124-71.2009.8.12.0002) 160

Dano moral

Promessa de compra e venda. Desistência injustificada da vendedora. Perdas e danos. Configurado. Danos morais. Indenização devida (0038833-94.2011.8.12.0001).....061

Queda de recém-nascida em hospital. Dano moral configurado. Indenização devida. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade (0021013-53.1997.8.12.0001).....434

Embargos à execução fiscal

Garantia do juízo. Necessidade. Legislação especial. Prevalência das disposições da LEF sobre o CPC (0000331-86.2011.8.12.000).....130

Embargos de declaração

Ação rescisória. Improcedência. Levantamento do depósito prévio. Possibilidade. Omissão configurada (0013947-78.2004.8.12.0000/50015) 242

Mandado de Segurança. Preliminar. Coisa julgada material. Rejeição. Inconstitucionalidade. Conversão da demissão em cassação de aposentadoria de servidor. Não conhecimento. Princípio da motivação. Pagamento retroativo de vencimentos e vantagens. Concessão parcial da segurança (1415835-48.2014.8.12.0000/50000) 051

Embargos de terceiro

Bem de família. Impenhorabilidade. Exceção. Não verificada. Outorga uxória. Fraude à execução. Não configurada (0800116-43.2013.8.12.0022).....466

Firma individual. Patrimônio da pessoa física e da empresa. Constrição de bens pessoais do contribuinte. Possibilidade (0002722-28.2009.8.12.0019) 379

Fraude à execução. Registro da penhora. Não comprovação. Irrelevância. Má-fé. Ocorrência. Imóvel sujeito à constrição (0140119-57.2007.8.12.0001) 134

Erro médico

Indenização. Danos materiais e morais. Responsabilidade subjetiva. Acidente vascular cerebral. Culpa do médico. Não demonstrada. Responsabilidade do hospital. Afastada (0003550-78.2009.8.12.0001).....371

Execução

Título extrajudicial. Custas iniciais. Não comprovação. Intimação pessoal do demandante. Desnecessidade (0806746-84.2014.8.12.0021).....405

Título extrajudicial. Penhora on line. Conta salário. Desbloqueio de verba remanescente. Possibilidade. Prova do caráter salarial da verba (1403325-66.2015.8.12.0000) 068

Indenização

Aquisição de veículo. Item de segurança inexistente. Sistema air bag. Dever de informação. Consumidor induzido a erro. Dano moral. Não configurado. Dano material. Dever de indenizar (0803514-06.2014.8.12.0008) 336

Dano moral. Execução de alimentos. Legitimidade passiva do Estado. Reconhecimento. Prisão do alimentante. Inaplicabilidade dos regimes de execução penal. Finalidade coercitiva (0042154-40.2011.8.12.0001) 421

Demolição de obra. Área pública. Ocupação clandestina e irregular. Danos material e moral. Indenização indevida (0835684-86.2013.8.12.0001).....482

Demora na realização de cirurgia. Dano material e moral. Não configurados. Indenização indevida (0069238-84.2009.8.12.0001) 362

Direito de vizinhança. Utilização de som mecânico. Perturbação do sossego. Dano moral. Razoabilidade (0002905-53.2009.8.12.0001).....478

Erro de diagnóstico. Tratamento inadequado. Imperícia. Preposto do hospital. Falha na prestação do atendimento hospitalar. Dano moral. Indenização devida (0005832-55.2010.8.12.0001) 104

Morte de preso no interior da delegacia. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano material e moral. Juros de mora. Correção monetária. Indenização devida (0028830-51.2009.8.12.0001).....250

Pet shop. Morte de animal de estimação. Procedimento de banho e tosa. Superlotação de animais. Longa espera em gaiola sem monitoramento. Falha na prestação dos serviços. Dano moral. Indenização devida (0828960-66.2013.8.12.0001)..... 091

Portabilidade. Telefone celular. Anuência da consumidora. Não comprovação. Má prestação do serviço. Danos morais. Quantum indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade (0007894-47.2010.8.12.0008) 456

Retenção indevida de valores do cliente. Quebra de confiança entre os contratantes. Ato ilícito configurado. Dano moral. Indenização devida (0801537-34.2013.8.12.0001).....438

Serviço de distribuição de água e esgoto. Rompimento de encanamento. Alagamento de residência. Dano moral. Caracterização. Extensão dos danos materiais. Não comprovação (0803335-13.2012.8.12.0018).....170

Vídeo íntimo filmado por celular. Disponibilização pela internet. Absolvição no juízo criminal. Irrelevância. Dano material. Não comprovado. Dano moral caracterizado. Indenização devida (0000046-97.2010.8.12.0011/50000) 413

Inventário

Escritura pública. Renúncia da herança em favor do monte mor. Doação. Imposto *causa mortis*. Recolhimento. Não incidência (1412851-91.2014.8.12.0000) 140

Morte do cônjuge. Bem particular. Cônjuge sobrevivente. Herdeiro necessário (1400618-28.2015.8.12.0000) 473

Usufruto de bem do espólio. Anuência dos demais herdeiros. Pagamento de aluguel em favor do espólio. Administração dos bens pelo inventariante. Litigiosidade do bem (1405261-63.2014.8.12.0000/50000).....427

Licença maternidade

Professora convocada. Estabilidade provisória. Possibilidade. Isonomia (1403589-83.2015.8.12.0000) 356

Obrigação de fazer

Tratamento cirúrgico. Descumprimento injustificado de ordem judicial. Sequestro de valores. Possibilidade (1415760-09.2014.8.12.0000)..... 486

Pensão por morte

Servidor público estadual. Invalidez do filho superveniente à maioridade. Recebimento de benefício previdenciário. Dependência econômica. Não comprovação (0833855-70.2013.8.12.0001).....448

Plano de saúde

Inclusão da esposa funcionária pública como dependente do cônjuge. Associado titular. Possibilidade. Aplicação do Código de Defesa do consumidor (0801405-87.2013.8.12.0029).....350

Ponto de comércio

Alienação. Bem incorpóreo. Avaliação. Perícia judicial. Direito de preferência (1404593-58.2015.8.12.0000) 123

Procedimento de jurisdição voluntária

Retificação. Assentos de óbito e casamento. Divórcio. Efeitos da sentença de dissolução da sociedade. Falecimento posterior ao divórcio (0803009-50.2012.8.12.0019) 167

Registro civil

Retificação. Alteração de sobrenome. Modificação quanto à filiação (0802542-09.2014.8.12.0017) 367

Responsabilidade civil

Acidente de trânsito. Defeito mecânico. Caso fortuito ou força maior. Inocorrência. Culpa incontroversa. Dano moral caracterizado. Indenização. Dano material. Cabível. Pensão mensal. Menor impúbere. Pensionamento. Esposo da vítima. Dependência econômica em relação à vítima. Não comprovação (0006531-59.2010.8.12.0029).....261

Cirurgia plástica. Rinoplastia. Inversão do ônus da prova. Devida. Perícia. Responsabilidade médica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Nexo causal afastado. Indenização indevida (0045791-38.2007.8.12.0001) 343

Hospital. Infecção hospitalar. Direito do consumidor. Presença de nexo causal. Dano moral. Indenização devida. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade (0046583-50.2011.8.12.0001) 384

Servidor público municipal

Contribuição compulsória. Fundo de Assistência à Saúde. Inadmissibilidade (0811174-72.2014.8.12.0001) 084

Usucapião especial urbano

Lapso temporal de cinco anos. Conjunto probatório. Posse pacífica. Ações intentadas em face de terceiros (0061530-80.2009.8.12.0001).....118

Usucapião extraordinário

Outorga uxória. Inexistência. Nulidade absoluta. Extinção do feito sem resolução do mérito (0047449-58.2011.8.12.0001) 065

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Corrupção ativa

Pedido de absolvição. Inviabilidade. Pena-base. Redução. Impossibilidade. Reconhecimento da atenuante com previsão no art. 72, II, do CPM. Pretensão não acolhida. Abrandamento do regime inicial de prisão (0011947-53.2014.8.12.0001).....583

Crime ambiental

Pesca. Princípio da insignificância. Inviabilidade. Reiteração delitiva em crimes da mesma natureza (0001931-89.2010.8.12.0030/50000) 619

Crime contra a ordem tributária

Crime funcional. Autoria e materialidade demonstradas. Excludente da ilicitude. Não configurada. Pluralidade de condutas. Perda de cargo público. Efeito da condenação (0001578-76.2007.8.12.0055).....569

Crime de desobediência

Ordem de parada desrespeitada. Conduta atípica. Infração administrativa. Dirigir embriagado. Exame de alcoolemia provando a embriaguez. Compensação entre a confissão e a reincidência. Possibilidade (0012918-72.2013.8.12.0001)..... 508

Violência doméstica. Descumprimento de medidas protetivas de urgência. Atipicidade da conduta. Absolvição (0043391-75.2012.8.12.0001) 530

Crime militar

Abordagem policial. Promotor de Justiça. Falta de decoro ou polidez dos policiais. Não demonstrada cabalmente. Ausência de prejuízo para a Administração Pública Militar (0008171-45.2014.8.12.0001).....621

Desaforamento

Medida excepcional. Homicídio qualificado. Dúvida sobre imparcialidade dos jurados. Deferimento (1403825-35.2015.8.12.0000).....547

Entorpecente

Tráfico interestadual. Transposição de fronteiras entre unidades da federação. Desnecessidade. Elemento volitivo. Suficiência (0000661-36.2014.8.12.0015/50000) 552

Estupro de vulnerável

Vítima menor de 14 anos. Consentimento. Presunção absoluta de violência. Continuidade delitiva. Alteração do regime para semiaberto. Condenação igual a 10 anos. Regime fechado (0010572-48.2013.8.12.0002).....557

Exploração sexual

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Reiteração criminosa. Descumprimento de medidas cautelares. Condições pessoais. Irrelevância (1404387-44.2015.8.12.0000) 565

Habeas corpus

Dano qualificado. Ausência de dolo. Fato atípico. Constrangimento ilegal. Trancamento da ação penal. Possibilidade (1403079-70.2015.8.12.0000) 542

Homicídio qualificado

Tribunal do júri. Nulidade. Acolhimento do quesito genérico da absolvição. Possibilidade. Decisão contrária à prova dos autos. Inocorrência (0003776-18.2012.8.12.0021) 648

Indulto

Execução penal. Furto qualificado. Reeducando primário. Requisitos preenchidos. Falta grave posterior. Irrelevância (0002633-46.2015.8.12.0002) 602

Livramento condicional

Requisito objetivo preenchido. Faltas disciplinares sancionadas. *Bis in idem* (0007229-76.2015.8.12.0001) 654

Mandado de Segurança

Atribuição de efeito suspensivo a recurso em sentido. Rol taxativo. Ausência de direito líquido e certo. Conversão do feito em *habeas corpus*. Impossibilidade (1403599-30.2015.8.12.0000) 596

Porte de arma de fogo

Liberdade provisória. Inviabilidade. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Reincidência (1404296-51.2015.8.12.0000) 645

Porte ilegal de arma de fogo

Atipicidade da conduta. Descabimento. Crime de mera conduta e de perigo abstrato. Prescindibilidade de dano concreto (0000376-07.2010.8.12.0040) 537

Prisão preventiva

Homicídio qualificado. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Descumprimento de medida cautelar. Ameaça a testemunha. Ausência de constrangimento ilegal (1401645-46.2015.8.12.0000).....628

Tráfico de entorpecentes. Possibilidade. Pequena quantidade. Condições pessoais favoráveis. Suficiência das medidas cautelares (1406478-10.2015.8.12.0000).....615

Progressão de regime

Exame criminológico. Preenchimento dos requisitos subjetivos. Inocorrência. Benefício condicionado a parecer de psiquiatra (0006669-37.2015.8.12.0001) 609

Restituição de bem

Tráfico de entorpecente. Alienação fiduciária. Ilegitimidade (0809603-97.2013.8.12.0002) 534

Tráfico de entorpecente

Absolvição. Insuficiência de provas. Confissão extrajudicial. Retratação. Irrelevância. Prova suficiente. Condenações mantidas. Regime prisional fechado. Abrandamento do regime prisional. Pena superior a quatro anos. Reincidência (0000741-43.2014.8.12.0033) 635

Associação para o tráfico. Juntada de laudo de dependência toxicológica. Encerramento da instrução processual. Lavagem de dinheiro. Não comprovação. Restituição de bens apreendidos. Impossibilidade (0006384-12.2013.8.12.0002)..... 493

Pena-base. Dosimetria da pena. Tráfico privilegiado. Alteração do regime prisional (0001061-53.2014.8.12.0014/50000) 517

Trancamento da ação penal

Tentativa de furto. Princípio da insignificância (1402166-88.2015.8.12.0000) 664

Uso de documento falso

Certidão de nascimento. Acusada de nacionalidade estrangeira. Consciência do ilícito. Absolvição inviável. Pena pecuniária. Redução parcial (0006560-08.2011.8.12.0019) 504

Violência doméstica

Ameaça. Lesão corporal. Substituição da pena privativa de liberdade. Impossibilidade (0040002-19.2011.8.12.0001/50000) 658